

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
Gregorio Badeni  
LA LEY  
2011  
La Ley S.A.E. e I., 2011  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Impreso en la Argentina

Indice General	
CAPÍTULO I	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
1. Concepto del Derecho Constitucional	
2. Concepto tradicional	
3. Concepto moderno	
4. Fuentes del Derecho Constitucional	
5. La Constitución	
6. Las leyes institucionales	
7. La costumbre	
8. Clasificación de las costumbres	
9. Jurisprudencia	
10. Doctrina	
11. Derecho comparado	
12. Finalidad del Derecho Constitucional	
13. Relaciones con otras disciplinas	
14. Metodología del Derecho Constitucional	
15. Técnica metodológica de investigación	
16. Enfoque metodológico	
17. El método	
18. Constitucionalismo y estado de derecho	
19. Técnicas del constitucionalismo	
20. Ciclos políticos	
21. Educación para la libertad	
CAPÍTULO II	
LA CONSTITUCIÓN	
22. Concepto de constitución	
23. Clasificación de las constituciones	
24. Constituciones escritas y no escritas	
25. Constituciones codificadas y dispersas	
26. Constituciones rígidas, flexibles y pétreas	
27. Cláusulas pétreas	
28. Constituciones monárquicas y republicanas	
29. Constituciones originarias y derivadas	
30. Constituciones personalistas, transpersonalistas y neutras	
31. Constituciones normativas, nominales y semánticas	
32. Formulación e interpretación de las normas constitucionales	
33. Reglas para la formulación de las normas constitucionales	
34. Finalidad	
35. Prudencia	
36. Realismo	
37. Tradiciones y costumbres	
38. Estabilidad	
39. Flexibilidad	
40. Generalidad	
41. Lenguaje común	
42. Claridad	
43. Concisión	
44. Reglas para la interpretación de las normas constitucionales	

45. Interpretación, integración y construcción  
 46. Interpretación literal, extensiva y restrictiva  
 47. Interpretación auténtica, judicial y doctrinaria  
 48. Reglas de interpretación constitucional  
 49. Interpretación teleológica o finalista  
 50. Interpretación semántica  
 51. Interpretación sistemática  
 52. Interpretación dinámica  
 53. Reglas complementarias de interpretación constitucional  
 54. Razonabilidad  
 55. Interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios  
 56. Presunción de constitucionalidad de los actos públicos  
 57. In dubio pro libertate  
 58. El Preámbulo de la Constitución  
 59. El proceso constitucional argentino  
 60. El Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810  
 61. Acta capitular del 25 de mayo de 1810  
 62. Reglamento orgánico y estatuto provisional de 1811  
 63. Asamblea de 1813  
 64. El Congreso de Tucumán  
 65. Constitución de 1819  
 66. Constitución de 1826  
 67. Constitución de 1853/60  
 68. Reforma constitucional de 1866  
 69. Reforma constitucional de 1898  
 70. Reforma constitucional de 1949  
 71. Reforma constitucional de 1957  
 72. Reforma de facto de 1972  
 73. Reforma constitucional de 1994  
 CAPÍTULO III  
 DINÁMICA DEL PODER CONSTITUYENTE  
 74. Poder constituyente  
 75. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado  
 76. Poder constituyente y poderes constituidos  
 77. Límites del poder constituyente  
 78. Titularidad del poder constituyente  
 79. Legitimidad y legalidad del poder constituyente  
 80. Reforma constitucional  
 81. Procedimiento para la reforma de la Constitución Nacional  
 82. Manifestación de la necesidad de reforma. Función constituyente y función preconstituyente  
 83. Declaración o ley del Congreso  
 84. Actuación separada de las cámaras del Congreso  
 85. Quórum y mayoría para declarar la necesidad de la reforma constitucional  
 86. Alcances de la declaración de necesidad de la reforma constitucional  
 87. El Congreso no puede imponer el texto de la reforma  
 88. Convención Constituyente  
 89. Requisitos para ser convencional  
 90. Constitucionalidad de la reforma constitucional

91. Nulidad de la reforma constitucional  
 CAPÍTULO IV  
 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONTROL  
 DE CONSTITUCIONALIDAD  
 92. Supremacía de la Constitución  
 93. El artículo 31 de la Constitución Nacional  
 94. Supremacía de las leyes  
 95. Supremacía de los tratados  
 96. Jerarquía de los tratados internacionales  
 97. Relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional  
 98. Interpretación y aplicación de los tratados internacionales  
 99. Efectos de la interpretación de los tratados internacionales por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
 100. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional superior a la Corte Suprema de Justicia  
 101. Control de constitucionalidad  
 102. Sistemas de control de constitucionalidad  
 103. Control político  
 104. Control judicial  
 105. Control de constitucionalidad en la Argentina  
 106. Causa judicial  
 107. Petición de parte  
 108. Control de oficio  
 109. Interés legítimo  
 110. Las cuestiones políticas no son justiciables  
 111. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad  
 CAPÍTULO V  
 ESTADO Y GOBIERNO  
 112. Organización política global  
 113. Población  
 114. Territorio  
 115. Poder político  
 116. Poder institucionalizado  
 117. Comunidad nacional  
 118. Centralización y descentralización política  
 119. Alianza o liga de Estados  
 120. Unión personal de Estados  
 121. Confederación  
 122. Estado  
 123. Estado federal  
 124. Estado unitario  
 125. Regionalismo  
 126. El regionalismo en la Constitución Nacional  
 127. Organizaciones supraestatales  
 128. La integración en la Constitución Nacional  
 129. Soberanía  
 130. Autonomía  
 131. Autarquía  
 132. Regulación constitucional

133. El federalismo argentino  
134. Pactos preexistentes y especiales  
135. Relaciones entre el Estado federal y las provincias  
136. Facultades del Estado federal y de las provincias  
137. Constituciones provinciales  
138. La garantía del principio federal  
139. Integridad territorial  
140. Autonomía política  
141. Desarrollo económico y bienestar local  
142. Régimen de los hidrocarburos  
143. Igualdad entre las provincias  
144. Unión nacional y paz interior  
145. El régimen municipal  
146. Régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires  
147. Estructura del gobierno  
148. Estructura del gobierno nacional  
149. Gobierno representativo  
150. Formas semidirectas de democracia  
151. Derecho de iniciativa  
152. Reglamentación del derecho de iniciativa  
153. Consulta popular  
154. Reglamentación de la consulta popular  
155. Las formas semidirectas y la reforma constitucional  
156. Gobierno republicano  
157. Separación y control de las funciones del poder  
CAPÍTULO VI  
LA LIBERTAD CONSTITUCIONAL  
158. Concepto y valoración de la libertad  
159. Libertad y democracia  
160. Las libertades en la Constitución Nacional  
161. Relatividad de las libertades constitucionales  
162. Poder de policía  
163. Concepto del poder de policía  
164. Características del poder de policía  
165. Sistemas del poder de policía  
166. Límites del poder de policía  
167. Competencia de la Nación y las provincias en materia de poder de policía  
168. Legalidad  
169. Igualdad  
170. Prerrogativas de sangre y nacimiento  
171. Discriminación arbitraria  
172. Fueros personales y fueros reales  
173. Igualdad fiscal  
174. Los cargos públicos y la idoneidad  
175. Derechos de los pueblos indígenas  
CAPÍTULO VII  
LAS LIBERTADES CIVILES  
176. Libertad de vivir  
177. Fecundación asistida y clonación

178. Pena de muerte  
179. Aborto  
180. Regulación legal y jurisprudencia  
181. Eutanasia  
182. Libertad ambulatoria  
183. Libertad de tránsito  
184. Libertad de domicilio  
185. La libertad de religión  
186. Libertad de enseñanza  
187. Libertad de petición  
188. Libertad de reunión y de asociación  
189. Libertad de reunión  
190. Libertad de asociación  
191. El matrimonio y las uniones homosexuales  
192. Derechos personalísimos  
193. Derecho al honor  
194. Libertad de intimidad y vida privada  
195. Límites de la libertad de intimidad y vida privada  
196. Intimidad y vida privada de los funcionarios públicos  
197. Derecho a la propia imagen  
198. Cámara oculta  
199. El derecho ambiental  
200. Contenido del derecho  
201. Preservación del ambiente y sujetos obligados  
202. Sujeto activo  
203. Regulación legal del medio ambiente  
204. Residuos peligrosos y radioactivos  
205. El uso pacífico de la energía nuclear  
206. Defensa del consumidor  
207. Ley de Defensa del Consumidor  
CAPÍTULO VIII  
LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
208. El pensamiento  
209. Expresión del pensamiento  
210. Libertad de prensa y libertad de imprenta  
211. Extensión de la libertad de prensa  
212. Internet  
213. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 14  
214. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 32  
215. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 1º  
216. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 33  
217. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 43  
218. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 68  
219. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 83  
220. La libertad de prensa en los tratados internacionales  
221. Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
222. Dimensiones individual, institucional y estratégica de la libertad de prensa  
223. Competencia para legislar sobre prensa  
224. Jurisdicción para juzgar en materia de prensa

225. Límites de la libertad de prensa  
226. El delito de opinión  
227. Publicación de información reservada  
228. Publicidad oficial  
229. Censura  
230. La censura periodística y los comicios  
231. Derecho de rectificación o respuesta: antecedentes  
232. Concepto  
233. Regulación legislativa  
234. Valoración constitucional  
235. Jurisprudencia  
236. Secreto profesional y acceso a las fuentes de información  
237. Aspectos legales  
238. Límites  
239. Jurisprudencia  
240. Restricciones a la libertad de prensa  
241. Inhabilitación para ejercer el periodismo  
242. Doctrina "Campillay"  
243. Doctrina de la "real malicia". Formulación de la doctrina  
244. Aplicación en el sistema jurídico argentino  
245. La real malicia en la jurisprudencia nacional  
246. Publicidad comercial  
CAPÍTULO IX  
LAS LIBERTADES PATRIMONIALES  
247. Libertad de propiedad  
248. Antecedentes constitucionales y convenciones internacionales  
249. Concepto constitucional  
250. Propiedad intelectual  
251. Propiedad industrial y comercial  
252. Límites de la propiedad  
253. Emergencia económica y derecho de propiedad  
254. Expropiación  
255. Competencia para expropiar  
256. Utilidad pública  
257. Calificación legal  
258. Indemnización previa  
259. Retrocesión  
260. Ocupación temporánea  
261. Requisición  
262. Decomiso  
263. Servicios personales  
264. Confiscación  
265. Ley de Abastecimiento  
266. Libertad económica  
267. Defensa de la competencia  
CAPÍTULO X  
LIBERTAD DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL  
268. Libertad de trabajo  
269. Constitucionalismo social

270. Regulación constitucional  
271. Garantías del trabajo  
272. Condiciones de trabajo  
273. Duración del trabajo  
274. Retribución  
275. Retribución del sector público  
276. Control, participación y colaboración en aspectos empresarios  
277. Protección contra el despido y estabilidad  
278. Organización sindical  
279. Convenios colectivos de trabajo  
280. Representación gremial  
281. La huelga  
282. Seguridad social  
283. Regulación constitucional  
284. Seguro social  
285. Asistencia médica y derecho a la salud  
286. Células madre  
287. Trasplante de órganos  
288. Régimen jubilatorio  
289. Entidades de seguridad social, superposición de aportes y competencia  
290. Defensa de la familia  
CAPÍTULO XI  
LIBERTAD FISCAL Y PODER IMPOSITIVO  
291. Concepto  
292. La relación jurídica fiscal  
293. Legalidad  
294. Igualdad  
295. No confiscatoriedad  
296. Ajuste por inflación  
297. La regla del empobrecimiento  
298. Libertad de circulación  
299. El peaje  
300. Clasificación de las contribuciones  
301. Impuestos  
302. Tasas  
303. Contribuciones especiales  
304. El ahorro obligatorio  
305. Derecho o impuesto de aduana  
306. Interpretación de las leyes fiscales  
307. Distribución del poder impositivo  
CAPÍTULO XII  
LAS LIBERTADES POLÍTICAS  
308. Concepto y extensión de la libertad política  
309. Nacionalidad y ciudadanía  
310. Regulación constitucional de la nacionalidad  
311. Derecho electoral y sistema electoral  
312. Concepto de sistema electoral  
313. Técnica electoral  
314. Cuerpo electoral

315. Representación política y representación funcional  
 316. El cuerpo electoral en la legislación argentina  
 317. Situación de los detenidos y no condenados  
 318. Sufragio  
 319. Voto  
 320. Universalidad del voto  
 321. Igualdad del voto  
 322. Secreto del voto  
 323. Voto obligatorio  
 324. El voto en la legislación argentina  
 325. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres  
 326. Clasificación de los sistemas electorales  
 327. Sistema de mayoría relativa  
 328. Sistema de circunscripciones y voto uninominal  
 329. Sistema de mayoría absoluta  
 330. Sistema de mayoría absoluta con voto alternativo  
 331. Sistema de voto limitado o restringido  
 332. Sistema de la Ley Sáenz Peña  
 333. Sistemas mixtos  
 334. Sistema de representación proporcional  
 335. La representación proporcional en el sistema electoral argentino  
 336. Sistema de lemas  
 337. Partidos políticos. Concepto  
 338. Características y funciones  
 339. El rol de la oposición  
 340. Clasificación de los partidos políticos  
 341. Partidos de opinión y partidos de masa  
 342. Partidos oficialistas y partidos opositores  
 343. Partidos de derecha, centro e izquierda  
 344. Partidos constitucionalistas y autocráticos  
 345. Sistemas de partidos políticos  
 346. Regulación constitucional de los partidos políticos  
 347. Financiamiento de los partidos políticos  
 348. Caducidad y extinción de los partidos políticos  
 349. Selección de candidatos y elecciones internas  
 350. Poderes de hecho y pluralismo  
 351. Factores de poder y factores de presión  
 352. Institucionalización de los poderes de hecho  
 CAPÍTULO XIII  
 LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES  
 353. Concepto y clasificación de las garantías constitucionales  
 354. Seguridad jurídica  
 355. Irretroactividad de la ley  
 356. Irretroactividad de la ley penal  
 357. Irretroactividad de la ley civil  
 358. Irretroactividad de la ley administrativa  
 359. Irretroactividad de la ley laboral  
 360. Irretroactividad de la ley fiscal  
 361. Irretroactividad de la ley previsional

362. Irretroactividad de la ley procesal  
 363. Irretroactividad de las leyes interpretativas  
 364. Garantía del debido proceso legal  
 365. Juicio previo  
 366. Legalidad  
 367. Publicidad del proceso judicial  
 368. Tipificación de las conductas delictivas  
 369. Delitos de derecho internacional  
 370. El debido proceso legal y los delitos de lesa humanidad  
 371. "Non bis in idem"  
 372. Cosa juzgada  
 373. Prescripción  
 374. Celeridad y denegación de justicia  
 375. Intervención del juez natural  
 376. Juicio por jurados  
 377. Acusación o demanda  
 378. Inviolabilidad de la defensa en juicio  
 379. Ofrecimiento y producción de prueba  
 380. Declaración contra sí mismo  
 381. Extracción compulsiva de sangre y ADN 714  
 382. Prueba obtenida ilegalmente  
 383. Detención preventiva  
 384. Presunción de inocencia  
 385. Sentencia conforme a derecho  
 386. Sanciones aplicables en materia penal  
 387. Derecho a la segunda instancia  
 388. Indemnización por error judicial  
 389. Tribunales administrativos  
 390. Condiciones de privación de la libertad ambulatoria  
 CAPÍTULO XIV  
 LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES  
 391. Concepto  
 392. Amparo  
 393. Amparo contra actos de autoridad pública  
 394. Concepto de autoridad pública  
 395. Lesión a los derechos y garantías constitucionales  
 396. Inexistencia de vías administrativas y judiciales idóneas  
 397. El control de constitucionalidad en el amparo  
 398. Legitimación para promover la acción de amparo  
 399. Regulación procesal de la acción de amparo  
 400. Amparo contra actos de particulares  
 401. Amparo por mora de la Administración  
 402. Hábeas data  
 403. Objeto  
 404. Tipos de hábeas data  
 405. Legitimación para promover la acción de hábeas data  
 406. Categorías de datos  
 407. El consentimiento  
 408. Ámbito de aplicación

409. Hábeas corpus  
410. Regulación legislativa del hábeas corpus  
411. Orden de arresto y autoridad competente  
412. Tipología del hábeas corpus  
413. Hábeas corpus y estado de sitio  
414. Legitimación para promover la acción de hábeas corpus  
415. Declaración de inconstitucionalidad y actuación de oficio  
416. Recurso extraordinario  
417. Regulación legislativa del recurso extraordinario  
418. Requisitos del recurso extraordinario  
419. Requisitos comunes  
420. Cuestión federal  
421. Relación directa de la cuestión federal  
422. Resolución contraria al derecho federal invocado  
423. Sentencia definitiva  
424. Tribunal superior de la causa  
425. Sentencia arbitraria  
426. Gravedad institucional  
427. Acción de inconstitucionalidad  
428. Certiorari  
429. Per saltum  
430. Amicus curiae  
CAPÍTULO XV  
LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES  
431. Estado de sitio  
432. Causales del estado de sitio  
433. Competencia para declarar el estado de sitio  
434. Duración del estado de sitio  
435. Efectos de la declaración del estado de sitio  
436. Derechos y garantías que no se suspenden  
437. Control de razonabilidad  
438. Arresto y traslado de personas  
439. Derecho de opción  
440. Intervención federal  
441. Regulación constitucional  
442. Causales de intervención federal  
443. Autoridad provincial habilitada para requerir la intervención  
444. Órgano competente para declarar la intervención  
445. Alcances y efectos de la intervención federal  
446. Emergencia y orden constitucional  
447. Estado de asamblea  
448. Ley marcial  
449. Régimen de emergencia y facultades extraordinarias  
450. Emergencia económica  
451. El orden constitucional  
452. Los actos de fuerza  
453. Consecuencias de los actos de fuerza  
454. El derecho de resistencia  
455. Delitos contra el Estado

456. Ética pública  
457. Ley Nacional de Ética Pública  
CAPÍTULO XVI  
PODER LEGISLATIVO  
458. Funciones del Congreso  
459. Organización del Congreso  
460. Actuación de las Cámaras del Congreso  
461. Atribuciones de la Cámara de Diputados  
462. Atribuciones de la Cámara de Senadores  
463. Composición de la Cámara de Diputados  
464. Sistema electoral  
465. Diputados suplentes  
466. Número de miembros de la Cámara de Diputados  
467. Condiciones para ser elegido diputado  
468. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Diputados  
469. Composición de la Cámara de Senadores  
470. Sistema electoral  
471. Senadores suplentes  
472. Número de miembros de la Cámara de Senadores  
473. Condiciones para ser elegido senador  
474. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Senadores  
475. Presidencia del Senado  
476. Condiciones, inhabilidades e incompatibilidades congresuales  
477. Condiciones para ser legislador  
478. Inhabilidades  
479. Incompatibilidades constitucionales  
480. Incompatibilidades legales y éticas  
481. Prerrogativas congresuales  
482. Juicio de las elecciones  
483. Reglamento interno  
484. Comisiones internas  
485. Potestades disciplinarias  
486. Potestad disciplinaria sobre los legisladores  
487. Desacato congresual  
488. Pedido de informes al Poder Ejecutivo  
489. Remuneración de los legisladores  
490. Inmunidad por las expresiones  
491. Inmunidad de arresto  
492. Suspensión parcial del proceso penal  
493. El desafuero  
494. La Ley de Fueros  
495. Las sesiones del Congreso  
496. Sesiones preparatorias  
497. Sesiones ordinarias  
498. Sesiones de prórroga  
499. Sesiones extraordinarias  
500. Publicidad de las sesiones  
501. Quórum y régimen de mayorías  
502. Mayorías especiales sobre la totalidad de los presentes

503. Mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros existentes

504. Mayoría especial sobre la totalidad de los miembros existentes

#### CAPÍTULO XVII

##### LA ACTIVIDAD DEL CONGRESO

505. Sanción de las leyes

506. Promulgación y publicación de las leyes

507. Leyes secretas

508. El veto del Poder Ejecutivo

509. El veto y la promulgación parcial de las leyes

510. Nulidad de las leyes

511. Delegación de facultades legislativas

512. Límites de la delegación de facultades legislativas

513. Comisión Bicameral Permanente

514. Atribuciones del Congreso

515. Atribuciones jurídicas

516. Leyes federales y de derecho común

517. Igualdad y privilegios

518. Establecimientos de utilidad nacional

519. Poderes implícitos

520. Atribuciones económicas y financieras

521. Integración del Tesoro nacional

522. Aduana y libertad de circulación

523. Navegación y habilitación de puertos

524. Poder impositivo y coparticipación

525. Empréstitos y deuda pública

526. Bienes de propiedad nacional

527. Moneda y régimen bancario

528. Ley de presupuesto

529. Subsidios a las provincias

530. Regulación del comercio

531. Regulación del correo

532. Atribuciones de política internacional

533. Atribuciones de seguridad nacional

534. Derechos de los pueblos indígenas

535. Cláusula del progreso

536. Educación

537. Autonomía universitaria

538. Protección de la cultura y el pluralismo

539. Atribuciones de organización

540. Amnistías generales

541. Renuncia del presidente o vicepresidente

542. Función preconstituyente

543. Comisiones investigadoras

544. Límites del poder de investigación

545. Atribuciones de control

546. Auditoría General de la Nación

547. El defensor del Pueblo

548. El juicio político

549. El eslabón perdido

#### CAPÍTULO XVIII

##### PODER EJECUTIVO

550. La función ejecutiva

551. Sistemas de organización del Poder Ejecutivo

552. Presidencialismo

553. Parlamentarismo

554. Gobierno de asamblea

555. El sistema presidencialista argentino

556. Elección presidencial

557. Elección presidencial en la Constitución

558. Condiciones de elegibilidad

559. Remuneración e incompatibilidades

560. Duración del mandato y reelección presidencial

561. Acefalía del Poder Ejecutivo

562. El vicepresidente de la Nación

563. La institución ministerial

564. Integración de los ministros en el órgano ejecutivo

565. Divisiones ministeriales

566. Designación y remoción de los ministros

567. Incompatibilidades

568. Funciones ministeriales

569. Control del presidente

570. Colaboración y asesoramiento

571. Resoluciones administrativas

572. Representación ante el Congreso

573. El jefe de gabinete

574. Atribuciones del Poder Ejecutivo

575. Atribuciones administrativas

576. Atribuciones reglamentarias

577. Atribuciones colegislativas

578. Veto y promulgación parcial de las leyes

579. Decretos de necesidad y urgencia

580. Delegación de facultades legislativas

581. Nombramiento de funcionarios

582. Atribuciones en materia de garantías institucionales

583. Indulto y conmutación de penas

584. Relaciones internacionales

585. Atribuciones militares

#### CAPÍTULO XIX

##### PODER JUDICIAL

586. Función judicial

587. Tribunales administrativos

588. Arbitraje

589. Estructura del Poder Judicial

590. Competencia de la justicia federal

591. Competencia de la Corte Suprema de Justicia

592. Competencia originaria

593. Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero

594. Competencia apelada

595. Conflictos interprovinciales  
596. Titularidad del Poder Judicial  
597. La Corte Suprema de Justicia  
598. Condiciones e incompatibilidades  
599. Nombramiento y remoción de los jueces  
600. Jueces de la Corte Suprema de Justicia  
601. Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia  
602. División de la Corte Suprema de Justicia en salas  
603. Presidencia de la Corte Suprema de Justicia  
604. Conjueces de la Corte Suprema de Justicia  
605. Jueces de los tribunales inferiores de la Nación  
606. Independencia del Poder Judicial  
607. Inamovilidad de los jueces  
608. Compensación económica  
609. Los jueces y el impuesto a las ganancias  
610. Otras garantías  
611. Publicidad de los actos judiciales  
612. Potestades disciplinarias  
613. El juicio por jurados  
614. Consejo de la Magistratura  
615. Composición del Consejo de la Magistratura  
616. Atribuciones del Consejo de la Magistratura  
617. Atribuciones administrativas  
618. Selección de candidatos para cargos judiciales  
619. Sanciones disciplinarias  
620. Remoción de los jueces  
621. Jurado de enjuiciamiento  
622. Ministerio Público

## Presentación

El Manual de Derecho Constitucional es un compendio que tiene por objeto facilitar el acceso al conocimiento de los aspectos sustanciales correspondientes a la materia que abarca. Su desarrollo profundizado, las opiniones emitidas por los autores que analizaron dichos temas y la bibliografía de consulta están expuestos en el Tratado de Derecho Constitucional cuya tercera edición fue realizada por La Ley en abril de 2010.



## CAPÍTULO I

### Derecho Constitucional

#### SUMARIO

1. Concepto del Derecho Constitucional.
2. Concepto tradicional.—
3. Concepto moderno.—
4. Fuentes del Derecho Constitucional.—
5. La Constitución.
6. Las leyes institucionales.—
7. La costumbre.—
8. Clasificación de las costumbres.
9. Jurisprudencia.
10. Doctrina.
11. Derecho comparado.
12. Finalidad del Derecho Constitucional.
13. Relaciones con otras disciplinas.
14. Metodología del Derecho Constitucional.
15. Técnica metodológica de investigación.
16. Enfoque metodológico.
17. El método.
18. Constitucionalismo y estado de derecho.
19. Técnicas del constitucionalismo.
20. Ciclos políticos.
21. Educación para la libertad.
1. Concepto del Derecho Constitucional

Son innumerables las definiciones formuladas sobre el concepto de Derecho Constitucional. Algunas, particularmente a partir del siglo XIX, lo presentan como sinónimo de constitución. Otras aluden a la noción de norma jurídica fundamental que organiza la estructura estatal y el ejercicio del poder de la organización política global. Existen las definiciones que, en el marco de un enfoque jurídico con matices sociológicos, le atribuyen un contenido doctrinario traducido en el reconocimiento de los derechos subjetivos y en la formulación de técnicas gubernamentales destinadas a evitar la concentración del poder. También se hace referencia al Derecho Constitucional como sistema basado sobre los valores asignados a la "democracia liberal" o la "democracia social", que excluye — erróneamente— la presencia de nuestra disciplina en los sistemas políticos, absolutistas o totalitarios.

Para aproximarnos a un concepto preciso del Derecho Constitucional, podemos destacar que es una disciplina científica que, como parte integrante de la Ciencia Política, tiene por objeto el estudio y la sistematización en un ordenamiento jurídico de las relaciones de poder y convivencia social, que se expresan en el ámbito de una organización política global.

El análisis científico se efectúa con un criterio esencialmente dinámico y realista. En él se conjugan, tanto los aspectos reguladores de la conducta humana que surgen de las normas jurídicas positivas calificadas como fundamentales, y que condicionan la validez del ordenamiento jurídico, como los aspectos provenientes

de la realidad social que son generados por el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas y sociales, aunque no estén incorporadas a un texto normativo llamado "constitución".

El Derecho Constitucional no es propiamente una ciencia, sino una disciplina autónoma que es parte orgánica de la Ciencia Política. El objeto de esta última es el poder político, concebido como una energía que produce la suprema relación de mando y obediencia en el seno de una sociedad, y a la cual quedan subordinados los restantes poderes sociales, tales como los poderes militar, religioso, familiar, gremial, empresarial o económico.

Se trata de una definición que no disfruta de una aceptación unánime, aunque consideramos que es la que más se aproxima para la determinación de su contenido y objetivos. En efecto, se traduce en una teoría empírica gestada por la experiencia política de la humanidad que nos presenta la historia para su entendimiento y sistematización.

Su contenido son las relaciones políticas, tanto de carácter agonal como arquitectónico; tanto aquellas orientadas a la conquista del poder como las destinadas a modelar las instituciones.

Su finalidad reside en ofrecer un conocimiento objetivo sobre tales relaciones, desprovisto de toda connotación subjetiva que pudiera estar forjada por una idea preconcebida. Conocimiento objetivo que debe ser esencialmente práctico, y no teórico desconectado de la realidad o basado sobre la emisión de juicios de valor encubiertos por una fachada científica.

Ese poder político también determina el contenido del Derecho Constitucional, aunque sin extenderse a toda la amplia gama de sus manifestaciones. Se limita al análisis de ciertos fenómenos del poder político en sus proyecciones institucionales, jurídicas y sociales.

Así, en parte, su objeto consiste en el estudio, descripción, análisis y sistematización de los fenómenos del poder sujetos a una regulación normativa suprema que gravitan decisivamente sobre el funcionamiento de un sistema político.

Pero su ámbito no se agota con el análisis normativo. Además de ocuparse del orden constitucional, se extiende a su análisis comparativo con el orden político, aunque prescinde de la consideración científica de los factores que determinan el comportamiento político cuando ellos están sujetos al estudio de otras disciplinas de la Ciencia Política de cuyos resultados, de todas maneras, se nutre el Derecho Constitucional como consecuencia de la interdependencia científica.

La unidad de análisis del Derecho Constitucional supera el contenido asignado a un documento jurídico básico conocido con el nombre de "constitución" y que, por obra de un enfoque normativo positivo, permite calificar la validez formal y sustancial de las normas reglamentarias del texto constitucional.

Ese contenido del Derecho Constitucional excede el marco puramente jurídico y de este modo abarca tres aspectos resultantes de la manifestación del poder político:

- 1) La regulación normativa del comportamiento social de los destinatarios del poder y de los límites del poder ordenador.
- 2) La estructura del poder de la organización política global que posibilita su tipificación formal.
- 3) La organización del poder en la sociedad política global, particularmente el Estado, mediante la distribución de su ejercicio entre los organismos gubernamentales y las fuerzas políticas.

La inserción de ese contenido en la realidad política presupone el conocimiento necesario de la idea política dominante y de las bases doctrinarias del sistema, así como del funcionamiento de los poderes de hecho y de la relación de concordancia o discordancia existente entre el orden político y el orden constitucional normativo.

El concepto y el contenido que le asignamos al Derecho Constitucional estuvieron presentes en los orígenes de nuestra disciplina con prescindencia de la gravitación que, sobre su desenvolvimiento, ejerció el movimiento constitucionalista. Así, la denominación "Derecho Constitucional", su desarrollo como disciplina autónoma y su contenido axiológico determinado por la libertad y dignidad del hombre tuvieron, como punto de partida, la difusión experimentada por el movimiento constitucionalista durante la segunda mitad del siglo XVIII. Pero el concepto de Derecho Constitucional no debe estar sujeto a una concepción ideológica determinada si pretende preservar su carácter científico.

## 2. Concepto tradicional

El desenvolvimiento del Derecho Constitucional como disciplina estrictamente jurídica, desprovista de toda consideración filosófica, política, histórica y sociológica, tuvo su expresión más significativa en Alemania, a partir de mediados del siglo XIX y ejerció una influencia decisiva sobre la evolución de los estudios constitucionales operada en otros países, particularmente en España e Italia, hasta bien avanzado el siglo XX. Su gravitación no se limitó al continente europeo sino que se proyectó también sobre los analistas del Derecho Constitucional en los países de América latina.

Bajo los auspicios de figuras relevantes del pensamiento, tales como Gerber, Laband y Jellinek, la enseñanza del Derecho Constitucional comenzó a ser sistematizada sobre la base de la aplicación excluyente de un enfoque jurídico positivista, que consideraba sólo al Estado como única unidad válida para el análisis científico. El Derecho Constitucional fue entendido como una disciplina que se agotaba con el estudio y la descripción de la constitución jurídica, y el ámbito para el análisis de los fenómenos constitucionales fue limitado al Estado.

Por obra de la escuela alemana, cuya gravitación científica se proyectó hasta mediados del siglo XX, fueron elaboradas las definiciones clásicas del Derecho Constitucional.

Éste se nos presentaba como la disciplina autónoma que se ocupaba de estudiar el conjunto de las normas fundamentales positivas expuestas en una constitución, de las cuales dependía la validez formal y sustancial de las restantes normas incorporadas al ordenamiento jurídico estatal, o como la disciplina que estudiaba las relaciones del poder político y de las facultades normativas de los órganos del gobierno y que establecía las normas positivas fundamentales que regulaban la convivencia social.

En definitiva, el Derecho Constitucional aparecía forjado como una disciplina exclusivamente jurídica que estudiaba los fenómenos normativos de manera abstracta y con referencia al deber ser jurídico del derecho positivo vigente en un Estado.

El Derecho Constitucional se definía como el derecho de la constitución jurídica de un país. Como disciplina que estudiaba la constitución jurídica de un Estado, dejaba al margen los factores no jurídicos que gravitan sobre el comportamiento social y sobre el contenido que se le asigne a las normas.

Siguiendo los lineamientos clásicos del enfoque jurídico que presidió los estudios de nuestra disciplina hasta bien avanzado el siglo XX, el Derecho Constitucional fue definido como el conjunto de normas jurídicas fundamentales debidamente sistematizadas y expuestas en un documento constitucional, de las cuales depende la validez de todo el ordenamiento jurídico regulador del comportamiento humano en una sociedad estatal.

El Derecho Constitucional nos era presentado como una disciplina esencialmente jurídica, cuyo objeto se limitaba a la consideración de las normas positivas básicas, constitutivas y reguladoras del Estado y el gobierno. En algunos casos se llegaba al extremo de identificar el concepto de Derecho Constitucional con el concepto de constitución.

Limitar el contenido del Derecho Constitucional al texto de la constitución formal, mediante la identificación de ambos conceptos, no configura un enfoque totalmente incorrecto. Sin embargo, su aplicación excluyente trae aparejado un conocimiento incompleto al asignar a nuestra disciplina una connotación meramente teórica, desconectada de la realidad política y de las instituciones que conforman el sistema político.

El concepto clásico del Derecho Constitucional, además de ceñirse rigurosamente a un enfoque jurídico, presentaba al Estado como unidad exclusiva de análisis para los fenómenos constitucionales. Esta nueva limitación, al excluir otros modelos de organización política global, restringía considerablemente la proyección histórica e internacional de los estudios y de este modo ofrecía una visión parcializada de la materia constitucional. El proceso de integración o globalización, que comenzó a desarrollarse en el siglo XX, mal podía ser abarcado mediante un enfoque jurídico

del Derecho Constitucional circunscripto a las fronteras de un Estado. El concepto absoluto del poder soberano del siglo XIX colisionaba con el concepto relativo que comenzó a ser esbozado a mediados del siglo XX.

El Estado, como modelo de organización política global, es un tipo histórico surgido a fines del siglo XV que, a las tres condiciones o presupuestos comunes para la existencia de toda organización política —poder, territorio y población—, agrega dos requisitos específicos que son la comunidad nacional y la institucionalización del poder.

Concentrar el estudio de los fenómenos constitucionales solamente sobre el ámbito estatal importa desconocer su proyección sobre las organizaciones políticas globales que no son Estados. Especialmente, respecto de algunas que están en vías de gestación en el marco internacional y cuyo desarrollo supera las conclusiones elaboradas por la teoría del Estado y ofrece nuevos modelos de organización para la convivencia social y política.

### 3. Concepto moderno

La intensa evolución operada en el campo de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional pone de manifiesto que la aplicación exclusiva del enfoque tradicional reduce sensiblemente el acceso a un conocimiento pleno del fenómeno constitucional, y que su carácter estático impide el análisis de múltiples facetas que son planteadas por el dinamismo de la vida política.

Sin embargo, la insuficiencia que presenta el enfoque clásico del Derecho Constitucional no significa que deba ser desestimado, ni que el estudio de los fenómenos constitucionales pueda desenvolverse científicamente con prescindencia del derecho positivo.

Como el fenómeno constitucional trasciende el marco puramente jurídico debido a la compleja interacción de individuos, grupos sociales e instituciones, el Derecho Constitucional moderno abarca, no solamente las normas positivas que determinan la estructura formal de un sistema político en orden a las conductas y la organización, sino también las instituciones políticas que pueden o no estar previstas en el documento jurídico fundamental que es la constitución.

Sobre tal base, el contenido del Derecho Constitucional puede ser agrupado en tres unidades de análisis inseparables para la formulación de conclusiones realistas:

- 1) Las normas jurídicas que conforman el orden constitucional y que, en su detalle, pueden o no estar orgánicamente comprendidas en el texto de la constitución.
- 2) La realidad u orden político resultante del comportamiento social determinado por la acción de los individuos, fuerzas políticas e instituciones.
- 3) El análisis comparativo entre el orden constitucional previsto por la norma jurídica y el orden político generado por normas y conductas que tipifican a un sistema político, que permite formular conclusiones científicas.

Es indudable que la constitución y las leyes constitucionales ocupan un espacio relevante en el Derecho Constitucional. Pero no siempre la realidad política presenta las características y modalidades que impone el ordenamiento jurídico, sino que puede apartarse, total o parcialmente, del modelo establecido por el orden constitucional. No por ello estaremos al margen de un fenómeno constitucional que, como tal, merece ser estudiado por nuestra disciplina.

Circunscribir los estudios constitucionales al marco jurídico puede conducir a la formulación de conclusiones teóricamente válidas pero carentes de sustento y utilidad práctica. La ruptura del orden constitucional, los gobiernos y funcionarios de facto, los grupos de presión, los grupos de opinión, los poderes de hecho, los partidos políticos, los sistemas electorales, la regulación de ciertos derechos o bajo determinadas condiciones, son solamente algunos de los fenómenos políticos que gravitan sobre el proceso constitucional, sin estar necesariamente previstos por la norma jurídica fundamental o sin estar contemplados por la ley con las características bajo las cuales se manifiestan.

Sin embargo, como el Derecho Constitucional engloba las normas constitucionales y las instituciones políticas, estén o no formuladas en el texto de la constitución, las conclusiones que puedan resultar del estudio de nuestra disciplina no serán extrañas para el sistema político caracterizado por una idea política dominante y permitirán efectuar una interpretación realista del ordenamiento constitucional que haga posible la precisión científica de su significado y alcance.

Conforme a este enfoque, podemos definir el Derecho Constitucional como aquella disciplina, integrante de la Ciencia Política, que aborda el análisis del orden político y del orden normativo fundamental con el objeto de forjar, sobre la base de la idea política dominante, una organización global estable, perdurable y acorde con los axiomas imperantes en una sociedad.

### 4. Fuentes del Derecho Constitucional

Se denominan "fuentes del Derecho Constitucional" a los diversos modos, formas o factores que determinan los contenidos de esa disciplina. Contenidos cuyo análisis científico permite forjar leyes de igual naturaleza como conclusión de una labor intelectual pragmática y no especulativa.

Las fuentes del Derecho Constitucional abarcan tanto los procedimientos que permiten la manifestación o exteriorización de tales contenidos, como los factores sociales, políticos, económicos e históricos que perfilan la conformación de estos últimos.

Las primeras son las fuentes formales del Derecho Constitucional, en tanto que las segundas son las fuentes materiales.

Las fuentes del Derecho Constitucional, tanto en su aspecto formal como material, se dividen en fuentes directas o indirectas. En las primeras, se advierte una relación inmediata con los contenidos de la disciplina. En las segundas, la relación

se concreta por su conexión con las fuentes directas, que se nutren de su esencia a través de la investigación e interpretación.

Son fuentes directas o inmediatas la constitución, las leyes institucionales y la costumbre. Son fuentes indirectas o mediatas la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado.

## 5. La Constitución

La constitución, como documento jurídico en el cual son expuestos de manera orgánica los principios fundamentales del ordenamiento normativo de una organización política global, es la más importante de las fuentes del Derecho Constitucional.

Si bien se trata de un documento jurídico, su comprensión no puede prescindir de los valores institucionales y simbólicos o sociológicos que conforman el concepto de constitución.

Ella es un documento jurídico, pero también un instrumento de gobierno para alcanzar los grandes fines que determinaron la concreción de cierta unidad nacional y el destino que fue bosquejado para el desarrollo de la comunidad.

En ella, solamente son sistematizados de manera genérica los preceptos básicos que prescriben las normas reguladoras de la conducta social y las referentes a la organización del poder.

Considerando el dinamismo de la vida social, resulta imposible que las normas jurídicas prevean, en detalle, todos los aspectos de aquélla.

Asimismo, en el caso de las constituciones, para preservar su perdurabilidad, es inconveniente la inserción de normas específicas sobre las diversas áreas de la convivencia social o de la estructuración del poder.

El incumplimiento de esa regla determina que una constitución, al poco tiempo de ser sancionada, se torne inaplicable por haber quedado a la zaga de la realidad social. Tal circunstancia aconseja incorporar a las constituciones solamente los lineamientos generales que reflejen su carácter de instrumento de gobierno y símbolo de la unidad nacional.

Las normas constitucionales, en atención a su redacción genérica y flexible, deben ser desarrolladas por la legislación reglamentaria, con el propósito de prever las soluciones y satisfacer las necesidades esencialmente variables de la sociedad.

Estas últimas, que complementan la constitución y se adecuan a ella, no necesariamente son fuentes del Derecho Constitucional. Las que sí revisten esa calidad son las leyes institucionales y ciertos tratados internacionales aprobados por ellas.

## 6. Las leyes institucionales

La eficacia de una constitución está condicionada, entre otros presupuestos, a que sus normas sean breves, claras, concisas, genéricas y flexibles para permitir su

adecuación a los casos particulares mediante la sanción de las leyes reglamentarias.

Pero existen ciertas materias que son esenciales para la configuración del sistema político y cuya concreción el constituyente ha delegado en el legislador. De modo que la materia constitucional no está contenida solamente en la constitución, sino también en aquellas leyes reglamentarias que desarrollan aspectos sustantivos de la organización constitucional genérica y por imposición del propio texto constitucional.

La legislación electoral, la regulación normativa de los partidos políticos; las disposiciones referentes a la acefalía del Poder Ejecutivo; los reglamentos internos de las Cámaras del Congreso; la ley de organización del Poder Judicial; la ley de ministerios; las leyes reglamentarias de la iniciativa y consulta popular; de las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data; de la Auditoría General de la Nación; de la Defensoría del Pueblo; del Consejo de la Magistratura; y muchas más, reglamentan principios y declaraciones contenidas en el texto constitucional, y así abarcan aspectos fundamentales referentes a la organización de la sociedad política y de sus instituciones básicas.

Estas disposiciones legales, que pueden merecer el calificativo de "normas constitucionales de segundo grado", son fuentes directas del Derecho Constitucional, siempre que sean concordantes con el texto constitucional y que, con respeto del principio de la supremacía constitucional, no se aparten de la constitución sino que se limiten a desarrollar o reglamentar los principios contenidos en ella.

En esta categoría genérica cabe incorporar a los tratados y convenciones internacionales, siempre que revistan esa cualidad institucional. Conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, todos los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Pero, a igual que las leyes, no todos los tratados son fuentes del Derecho Constitucional. Solamente presentan esa característica los tratados de integración del art. 75, inc. 24, de la Ley Fundamental y algunas de las cláusulas de los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el inc. 22.

## 7. La costumbre

La costumbre consiste en una conducta generalizada, constante y uniforme que adoptan los miembros de una sociedad con el convencimiento de que ella responde a una necesidad u obligación que es jurídicamente exigible.

Las conductas que conforman una costumbre son generalizadas cuando su práctica es realizada por el conjunto de los individuos, como acción o reacción racional destinada a satisfacer una necesidad específica. No debe tratarse de un comportamiento reservado a determinados grupos sociales o resistido por otros, sino aceptado por la totalidad de esos grupos sociales inorgánicos.

Tales conductas son constantes cuando se reiteran ininterrumpidamente en el tiempo con igual contenido, efectos y motivaciones. La suspensión o cesación

transitoria de los factores determinantes de un comportamiento no es suficiente para justificar el desconocimiento de una costumbre.

La uniformidad de las conductas significa que sus contenidos deben ser iguales o similares en todos los casos. Ante la producción de una serie de hechos iguales o similares, el contenido de la acción o reacción que despliegan los grupos sociales también deberá ser igual o similar. La diversidad en el contenido de las conductas revela la inexistencia de una práctica común que se reitera genéricamente en el curso de la vida social.

Para que una práctica común asuma el rol de una costumbre, además de ser generalizada, constante y uniforme, deberá ser considerada como necesaria o inevitable para el logro de un objetivo determinado. Debe responder al imperativo de satisfacer una necesidad que se traduzca en la imposición de la conducta con el carácter de una obligación jurídica.

La convicción colectiva sobre la obligatoriedad de una costumbre no es suficiente para que ella se torne efectiva jurídicamente. Los derechos u obligaciones que genera la costumbre tienen fuerza social pero no jurídica. Solamente la adquieren cuando son receptadas por una sentencia judicial o una ley emitida por el Congreso.

#### 8. Clasificación de las costumbres

Teniendo en cuenta sus efectos, las costumbres se dividen en: costumbre interpretativa o *secundum legem*, costumbre supletoria o *praeter legem* y costumbre modificatoria o *contra legem*.

La costumbre constitucional *secundum legem* tiene como fundamento una disposición constitucional a la cual procura aclarar o complementar, sin apartarse del significado que a esa disposición le acuerda una interpretación teleológica, sistemática o dinámica del texto constitucional. Ella siempre presupone la existencia de una norma constitucional oscura o de dudosa hermenéutica, cuya interpretación se verifica por obra del comportamiento de los grupos sociales. Se trata de la interpretación gestada por esas conductas generalizadas, constantes, uniformes y necesarias, y que está dotada de un grado elevado de legitimidad debido al sujeto del cual proviene.

La costumbre supletoria o *praeter legem* es aquella cuyo contenido subsana el silencio o la omisión de la constitución, al crear nuevas normas constitucionales o proyectar las existentes, que son aplicables al caso carente de previsión en la ley fundamental.

No integra esta categoría la costumbre supletoria de una ley reglamentaria del texto constitucional que no fue sancionada. En este caso, la costumbre no suple a la Constitución sino a la ley.

En materia constitucional, la costumbre *praeter legem* es improbable cuando la formulación de las normas constitucionales está precedida por una correcta aplicación de las reglas técnicas para la elaboración de las constituciones. En tales

casos, los eventuales silencios u omisiones de la constitución se subsanan con la interpretación constitucional o con la costumbre *secundum legem*.

De todos modos, frente a una hipótesis real de silencio u omisión constitucional, será aceptable la costumbre supletoria, siempre y cuando su contenido no se oponga al espíritu ni a la letra del texto constitucional.

La costumbre *contra legem* es aquella que modifica o deroga una disposición constitucional. Ella resulta inaceptable en el ámbito de un sistema constitucional de carácter rígido que atribuye el ejercicio de la función constituyente a un órgano determinado. Si la función constituyente y la consecuente reforma constitucional están previstas en la constitución, toda modificación que se introduzca a ella carecerá de validez si se aparta de tales previsiones.

En tal caso no habrá reforma de la constitución, sino ruptura del orden constitucional, producida por su incumplimiento a través del comportamiento social.

La Corte Suprema de Justicia, por decisión mayoritaria(1), tiene resuelto que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución cede frente a la costumbre internacional aunque, en el caso concreto, se trate de una costumbre *contra legem*.

No compartimos semejante conclusión. Aceptar que la costumbre internacional *contra legem* sea fuente del Derecho Constitucional y modificatoria de la Constitución importa avalar la perversión constitucional. Perversión motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología política o la alteración de los valores constitucionales, debido al fracaso experimentado por una propuesta de reforma constitucional en tal sentido. Importa subordinar el texto de una constitución a las vías de hecho.

Esto no se debe a que las violaciones sean resultado de una interpretación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad. Constituyen excepciones, y todas las excepciones debilitan la fuerza de una norma. En un orden político altamente desarrollado es muy importante que todo cambio de las normas constitucionales sea llevado a cabo por la autoridad concreta que hace las normas según el sistema que, en el caso de ellas, no es el juez ni la costumbre internacional.

Si bien la costumbre, en sus tres variantes, constituye una fuente importante del derecho, su ámbito de gravitación se reduce sensiblemente en materia constitucional.

La presencia de una constitución rígida, como lo son la inmensa mayoría de las constituciones modernas, que reservan el ejercicio de la función constituyente a un órgano representativo de la sociedad y que desconocen la validez de toda reforma constitucional efectuada al margen del procedimiento que ella estatuye, descalifica

a la costumbre contra legem y también a la praeter legem cuando su contenido no se compadece con el espíritu de la constitución.

## 9. Jurisprudencia

La jurisprudencia, como fuente indirecta del Derecho Constitucional, está representada por las decisiones uniformes y constantes emanadas de los tribunales y, en particular, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre materias de naturaleza constitucional. Los principios asentados en un pronunciamiento judicial aislado no son suficientes para constituir jurisprudencia hasta tanto sean receptados de manera uniforme por los tribunales para resolver casos análogos o similares.

En realidad, mediante la jurisprudencia no se crean normas constitucionales ni se aportan nuevos contenidos a la constitución, sino que son precisados los alcances y significados atribuidos a las cláusulas contenidas en el texto constitucional, lo que otorga uniformidad y estabilidad a la interpretación constitucional. Ello en modo alguno resiente el valor inapreciable que tiene la labor de los jueces en la custodia del sistema constitucional al preservar su vigencia y consolidación mediante la hermenéutica.

Esta función trascendental de la jurisprudencia, que afianza la seguridad jurídica, tuvo importantes y numerosas manifestaciones en nuestro país.

En varias oportunidades, la Corte Suprema destacó que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a lo decidido por ella, y que carecen de fundamentación las sentencias de esos tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos elementos que justifiquen modificar la posición adoptada por el Alto Tribunal(2) . Las sentencias de los jueces inferiores deben receptar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sin mengua de la facultad de expresar su disconformidad con el contenido de ellas.

Pero medien o no esos nuevos elementos, solamente la Corte Suprema de Justicia puede alterar la doctrina jurisprudencial vigente y establecida por ella. Doctrina que, con frecuencia, es receptada por el legislador o el constituyente mediante su inserción en las normas jurídicas que emite.

Si bien entendemos que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia solamente puede ser modificada por ella, de manera indirecta la alteración puede ser provocada por ciertos tribunales internacionales, particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por aplicación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN).

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia sostuvo que corresponde la adecuación de la jurisprudencia nacional a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando, mediante ella, se interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos(3) . Iguales consideraciones fueron expuestas respecto de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aplicar la Convención Europea de Derechos Humanos,

aunque con la salvedad de que ella no es vinculante para los tribunales nacionales(4) . Es que, en materia de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acude, con frecuencia, a los precedentes emitidos por la Corte Europea de Derechos Humanos.

## 10. Doctrina

La doctrina, como fuente indirecta del derecho, está compuesta por las opiniones formuladas por los juristas desde la cátedra universitaria, el libro y cualquier medio técnico de comunicación social, con el objeto de determinar el significado de las normas jurídicas existentes y de proyectar nuevas disposiciones legales destinadas a regular, con mayor eficacia, razonabilidad y justicia, las relaciones sociales. En materia constitucional, su ámbito se extiende tanto a la interpretación constitucional como a la construcción teórica de nuevas instituciones.

La importancia y gravitación de la doctrina se basan, fundamentalmente, sobre la jerarquía intelectual de los autores, cuya labor está precedida por una sólida investigación que enriquece los conocimientos jurídicos de quienes son llamados a adoptar una decisión política o judicial.

Por otra parte, es frecuente que los estudios realizados por los juristas no estén motivados por intereses sectoriales o presiones políticas, sino por sus vocaciones científicas que los impulsan a investigar objetivamente y a formular conclusiones integradas por juicios de conocimiento y no de valor.

## 11. Derecho comparado

El derecho comparado, como fuente mediata o indirecta del derecho constitucional, consiste en la descripción y análisis de los ordenamientos jurídicos fundamentales de los países extranjeros y de las organizaciones supranacionales, con el propósito de determinar sus bondades y defectos, y de establecer las concordancias o divergencias que presenten en su análisis comparativo con el derecho local.

Mediante la comparación positiva de las normas constitucionales, se aplica un enfoque científico de investigación que amplía los conocimientos sobre los diversos ordenamientos jurídicos y pone de relieve las tendencias políticas y jurídicas que se advierten en ellos. Sin embargo, la importancia de esa labor y la eficaz gravitación del derecho comparado como fuente indirecta del derecho constitucional están condicionadas a que la comparación no se limite al texto de las normas sino que se extienda al real funcionamiento de las instituciones, así como también a su interpretación jurisprudencial y doctrinaria.

A ello se añade la necesidad de conocer profundamente la realidad social y política de los países cuyos ordenamientos se comparan, ya que con frecuencia las bondades que presenta un texto jurídico se deterioran en la práctica por no responder a las características y necesidades de la sociedad a la cual se aplican, o a la cual se pretenden aplicar.

El desconocimiento de esas realidades conduce, con lamentable frecuencia, a la adopción formal de las instituciones jurídicas extranjeras que, si bien pueden adecuarse a las modalidades sociales y políticas de sus países de origen, resultan incompatibles con la forma de ser de la sociedad adoptante. Esta previsión, si bien es válida para todas las áreas del derecho, tiene particular relevancia en materia constitucional, donde el fracaso de una constitución está acompañado por el caos, la inseguridad jurídica y el deterioro del sistema político imperante.

## 12. Finalidad del Derecho Constitucional

La finalidad del Derecho Constitucional consiste en insertar en el plano institucional la idea política dominante en una sociedad, mediante la instrumentación de los mecanismos y factores que se consideren apropiados para forjar las bases de un sistema político acorde con esa idea.

Las diversas clasificaciones de los sistemas políticos pueden ser sintetizadas en función de las ideas políticas dominantes en ellos.

Entendemos por idea política dominante aquella concepción o axioma aceptado por la sociedad global que nos permite conocer, en cada caso concreto, las causas que condujeron a la creación de la organización social, las metas comunes a sus integrantes que ella aspira a alcanzar y los instrumentos aceptados para la concreción institucional de ese ideal. No se trata de una simple costumbre, moda o estereotipo social.

A la luz de la idea política dominante, los sistemas políticos pueden ser clasificados en personalistas o humanistas y transpersonalistas o transhumanistas.

En los primeros, la meta de toda actividad gubernamental o humana, tanto individual como social, reside en alcanzar y preservar la plena vigencia de la libertad y dignidad del hombre. Todas las técnicas e instrumentos legales y políticos que se establezcan en ese sistema tendrán como único objetivo hacer posible el logro de aquella finalidad.

En un sistema personalista, la libertad y la dignidad del ser humano son, simultáneamente, objeto e instrumento del régimen. Objeto, porque la constitución y organización del sistema se hacen efectivas para materializar la libertad y la dignidad del hombre. Instrumento, porque su vigencia permite la subsistencia del sistema, con la consecuente elevación del ser humano y el desarrollo de su vida espiritual y material.

En los sistemas transpersonalistas, la libertad y la dignidad del ser humano dejan de ser metas inmediatas, y en su lugar quedan subordinadas a valores que, por imposición de la idea política dominante, son considerados superiores. En esta escala axiológica, la grandeza del Estado, la comunidad nacional, la superioridad consolidada de un grupo social, de una clase, raza, religión, o de cualquier otra institución, se encuentran por encima de la consideración que puedan merecer la dignidad y la libertad del hombre como objetivos supremos de toda acción social.

La persona, con todos sus atributos naturales, no es la finalidad del sistema, sino un simple medio para la concreción de otros valores.

A pesar de las finalidades diferentes que tienen los sistemas políticos humanistas y transhumanistas, el Derecho Constitucional se encuentra presente en ambos. Por tal razón, si bien la libertad y la dignidad del ser humano son valores trascendentes y casi unánimemente aceptados, al menos en la teoría, no configuran la finalidad abstracta del Derecho Constitucional, sino el objetivo de un sistema político determinado.

En un sistema humanista, el Derecho Constitucional apuntará a la estructuración de la idea política dominante y procurará reflejarla en el texto constitucional y en el orden político. Otro tanto acontecerá en un sistema transpersonalista, aunque el contenido de la idea política dominante difiera sustancialmente de la anterior.

En ambos casos, nos hallaremos en presencia de un Derecho Constitucional.

En un sistema personalista será el derecho de la libertad. De una libertad integral, no solamente limitada al campo de la política o de la economía.

En un sistema transpersonalista, el Derecho Constitucional no será el derecho de la libertad sino del autoritarismo. Podrán manifestarse parcialmente expresiones de la libertad, pero la convivencia social estará signada por la intolerancia, el resentimiento y el odio hacia todo aquello que no concuerde con el criterio axiológico supremo del régimen transpersonalista.

Si bien participamos de la concepción que relaciona la finalidad del Derecho Constitucional con la consagración práctica de la libertad y dignidad del hombre, y también compartimos la afirmación según la cual el origen de los estudios constitucionales estuvo relacionado con la problemática del control del poder como recurso eficaz para evitar su ejercicio abusivo, entendemos que aquélla no es la finalidad científica del Derecho Constitucional.

Al analizar el contenido del Derecho Constitucional, advertimos que éste está integrado por un elemento sustancial y por diversos elementos formales. El elemento sustancial apunta a la reproducción jurídica de la idea política dominante en la sociedad, mientras que los elementos formales están compuestos por la infinidad de técnicas constitucionales con cuya aplicación se aspira a institucionalizar, en la realidad política, la idea dominante en la sociedad.

De ello se desprende que, mientras que la esencia del Derecho Constitucional es única, cualquiera sea la naturaleza del sistema político, su forma será sustancialmente variable en la medida que pretenda materializar esa esencia, es decir, la institucionalización de la idea política dominante con prescindencia de toda consideración axiológica.

## 13. Relaciones con otras disciplinas

Existe una estrecha relación entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política, a punto tal que, como consecuencia de la integración de ambas disciplinas operada

en el curso del siglo XX, ellas constituyen una unidad o, si se quiere, cabe afirmar que el Derecho Constitucional integra la Ciencia Política.

Si el objeto de la Ciencia Política es el poder político, el Derecho Constitucional se limita a estudiar la estructuración de ese poder en una sociedad global políticamente organizada. Tanto la Ciencia Política como el Derecho Constitucional se proyectan sobre un objeto común, pero mientras que para la primera el poder se presenta en forma general, para el segundo se limita al aspecto constitutivo de la sociedad global.

La realidad política y jurídica nos revela que una gran cantidad de criterios políticos se ha introducido en el ámbito del derecho y que un número no menor de criterios jurídicos ha penetrado en la órbita política. Así como el derecho es la institucionalización de una idea política dominante en la sociedad, la política necesita imperiosamente del derecho para poder ser expresada en una realidad social dotada de organización.

En este orden de ideas, desconocer al Derecho Constitucional el carácter de parte integrante de la Ciencia Política equivale a negar la real naturaleza de su objeto, ya que es indiscutiblemente político el ordenamiento de un Estado y de cualquier organización política global. La concreción de las leyes fundamentales, que integra la esfera del Derecho Constitucional, debe necesariamente considerar los efectos políticos que se derivarán de ellas, ya que la lógica jurídica abstracta es insuficiente para comprender y valorar la eficacia política de las instituciones.

Los estudios del Derecho Constitucional o de cualquiera de las leyes constitucionales, desarrollados al margen de la política, generan construcciones teóricas que probablemente no guarden relación alguna con la realidad cotidiana. Son construcciones formales sumamente peligrosas para una sociedad que, en definitiva, será una unidad de experimentación. La eficacia de los estudios del Derecho Constitucional impone el deber de superar el marco estrictamente jurídico, al tener en cuenta que gran parte de la actividad política debe ser encauzada, a los fines de su manifestación, mediante formas jurídicas. Como corolario, la solidez intelectual de los investigadores y científicos constitucionales debe estar precedida por un conocimiento amplio de la Ciencia Política, sin caer en la simple especulación que no puede ser sometida a una comprobación empírica.

La manifestación del factor económico en el curso de la vida social es permanente y gravita decisivamente sobre las instituciones políticas. Tanto el Derecho Constitucional como la economía procuran satisfacer las necesidades del hombre en ámbitos de la convivencia social donde lo político se relaciona con lo económico.

Muchos problemas políticos tienen una profunda raíz económica y, viceversa, conflictos de orden económico aparecen frecuentemente determinados por los lineamientos políticos. Asimismo, no podemos desconocer la influencia decisiva que han tenido sobre la organización política mundial los fenómenos económicos gestados por las relaciones comerciales de índole internacional.

Sin embargo, es un error creer que la política está inexorablemente determinada por la economía. Prueba de ello son los numerosos planes y concepciones económicas cuyo fracaso no obedeció a sus defectos teóricos, sino a su desconocimiento e inaplicabilidad frente a una realidad política determinada.

En las normas del Derecho Constitucional se encuentran establecidos los principios básicos de todas las ramas de la ciencia jurídica. En ellos encontramos expresados los grandes lineamientos a los cuales deberán adecuarse las legislaciones civil, comercial, penal, administrativa, laboral, procesal, impositiva, militar, aeronáutica y las restantes ramas del derecho. La función de todas ellas, en el marco de una relación de subordinación, es la de desarrollar los principios genéricos del Derecho Constitucional.

La relación que media entre el Derecho Constitucional y las diversas ramas del derecho reviste particular importancia con respecto al Derecho Administrativo. Éste tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública y la regulación de las relaciones generadas por la actividad administrativa del Estado.

Sin embargo, la gran importancia de las normas del Derecho Administrativo en atención a su objeto no significa que el Derecho Constitucional resulte privado de su condición de derecho básico del cual se desprende la validez de las otras ramas de la ciencia jurídica. Es así que, como la administración se desenvuelve dentro del marco establecido por la constitución y las leyes que se dictan en su consecuencia, los productos del Derecho Constitucional se imponen frente al Derecho Administrativo, el cual queda en una relación de subordinación.

Las características de esa relación determinan que constituya un grave error en un sistema personalista la tendencia existente en el Derecho Administrativo que restringe y subordina la libertad individual al propósito de concretar una administración eficaz del Estado.

Se ha observado, con acierto, que conforme a ciertos enfoques, el Derecho Administrativo tiende a ordenar al Estado burocrática y jerárquicamente, y que reduce al mínimo los efectos del Derecho Constitucional destinados a multiplicar los órganos de control, aumentar las garantías constitucionales y desarrollar la libertad del hombre. Frente a estos excesos, cabe concebir el Derecho Administrativo como el derecho del orden y del autoritarismo, y el Derecho Constitucional como el derecho de la libertad con responsabilidad. Sin embargo, los excesos de tales enfoques no llegaron a transformarse en una regla general.

Bien se ha dicho que un presupuesto ineludible del Estado de Derecho es el sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico y que aquél se transforma en Estado de Policía cuando los administrados están desprovistos de recursos jurisdiccionales, ante un órgano independiente, para impugnar los actos ilícitos de la administración que les acarrearán un daño en sus derechos.

El Derecho Internacional, como técnica destinada a concretar la paz entre las naciones y la vigencia de los derechos humanos, no puede ser concebido en



conflicto con el Derecho Constitucional de las sociedades democráticas, donde desempeña el rol de una técnica para la libertad.

La paz, mediante la organización internacional, y la libertad, mediante la vigencia del Derecho Constitucional personalista, son objetivos inseparables. Ello a pesar de que el Derecho Internacional siempre ha estado a la zaga del Derecho Constitucional, ya que la concreción de los grandes objetivos del primero está condicionada a la efectiva vigencia de los sistemas políticos personalistas. En efecto, la tutela dispensada a los derechos humanos se concretó al amparo de normas constitucionales que inspiraron a los sistemas personalistas, en procura de ampliar su vigencia en los sistemas autoritarios bajo la modalidad de una suerte de derecho internacional.

De ello se desprende el error de considerar los problemas de la paz y de los derechos humanos con total despreocupación del marco de la necesaria libertad que ellos requieren para perdurar. Ello importa olvidar que la estructura jurídica de un sistema personalista democrático tutela el cumplimiento de las reglas del Derecho Internacional, al tiempo que es la mejor garantía para su vigencia y difusión. Sin embargo, en los sistemas donde está firmemente arraigado el totalitarismo, el fracaso de sus constituciones impulsó a subordinarlas al Derecho Internacional mediante legítimas declaraciones teóricas que, lamentablemente, no responden a la idea política dominante.

Pero en el orden interno, las reglas del Derecho Internacional que no son incorporados a él están subordinadas a las normas del Derecho Constitucional de un Estado con poder soberano, que originan el funcionamiento de la entidad que es sujeto de las relaciones internacionales. Si no existe esa subordinación, es porque así lo establece el derecho interno.

En el sistema constitucional argentino, las normas del Derecho Internacional contenidas en los tratados o convenciones internacionales celebrados por el órgano ejecutivo, sancionados por ley del Congreso Nacional y ratificados por el Presidente de la República son parte integrante del derecho interno. Sus normas podrán ser programáticas u operativas, pero en ambos casos integran el derecho local con los efectos previstos en el art. 31 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, y aunque se cumplan los recaudos formales para la inserción de la norma internacional en el derecho interno, su validez no está determinada por un acto internacional sino por su adecuación a la Ley Fundamental.

De ello se deriva que si la cláusula de un tratado se opone a la Constitución, si no respeta el principio expuesto en su art. 27, carecerá de validez y deberá ser declarada inconstitucional por los tribunales judiciales en el ejercicio de su función de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas mediante aplicación del principio de la supremacía constitucional.

Constituye un grave error equiparar en abstracto las normas internacionales a las cláusulas de la Constitución o, inclusive, subordinar estas últimas a aquéllas. Ello importa desconocer el carácter soberano del poder estatal, la división entre el

poder constituyente y los poderes constituidos y el principio de la supremacía constitucional que afirman la existencia internacional de un Estado como organización política global independiente.

La libre circulación de los productos y servicios siempre ha sido el factor desencadenante de la formación de mercados que superan los límites geográficos de los Estados y provocan la aproximación de ellos. Esa especie de comunidad económica procura expandirse y, simultáneamente, busca su consolidación en nuevas formas de organización política global. Formas novedosas que, a su vez, gravitan sobre los contenidos dinámicos del Derecho Constitucional y permiten, inclusive, que en algún momento de la historia de la humanidad podamos hacer referencia a un Derecho Constitucional de la integración o globalización.

Con frecuencia, la intensidad de las conductas sociales que dan nacimiento, o son consecuencia de las modalidades que presentan la convivencia civil, laboral o mercantil, se proyecta sobre el Derecho Constitucional y modifica o introduce variantes en los principios gestados por este último.

Esa razonable flexibilidad del Derecho Constitucional permite que se impregne su estudio con una modalidad dinámica y realista.

A título de ejemplo, el desarrollo efectuado en el seno del Derecho Civil sobre los derechos personalísimos y en el Derecho Comercial acerca de las alternativas electorales para la integración de los órganos societarios ha sido incorporado a los datos que, sobre el particular, integran los estudios del Derecho Constitucional. Se trata de una de las tantas muestras que presenta la interdependencia científica.

#### 14. Metodología del Derecho Constitucional

El Derecho Constitucional, como disciplina científica que integra la Ciencia Política, aborda el conocimiento de los fenómenos constitucionales a través de su descripción y análisis que conducen, en una etapa posterior, a la formulación de conclusiones mediante la emisión de juicios de conocimiento.

Los juicios de valor, con los cuales se atribuyen cualidades a dichos fenómenos y que no están precedidos por un estudio analítico, no son expresiones propias de un conocimiento científico. Son simples estimaciones u opiniones no verificables que, por no ser resultantes de un estudio científico, no llegan a adquirir la categoría de juicios de conocimiento.

El empleo riguroso e intensivo de la metodología en el Derecho Constitucional está dirigido a la obtención de un conocimiento amplio y certero sobre la realidad política e institucional, mediante la aplicación de diversas técnicas, enfoques y métodos. Conocimiento que, muchas veces, puede no coincidir con los valores o aspiraciones del investigador.

En forma genérica, recibe el nombre de proceso metodológico el camino o conjunto de procedimientos a que se debe ajustar estrictamente el investigador para aprehender el objeto de su estudio por medio del razonamiento. En su carácter de proceso, de conjunto de tareas intelectuales, está compuesto por tres etapas que

son: la técnica metodológica de investigación, el enfoque metodológico y el método propiamente dicho.

En el curso de la investigación no resulta necesario ni conveniente agotar alguna de esas etapas para introducirse en la siguiente. Muchas veces el investigador debe desandar el camino recorrido para completar los datos obtenidos o para verificar su selección. Lo importante es no prescindir de esas etapas y ordenar el acceso al conocimiento científico.

#### 15. Técnica metodológica de investigación

La técnica de investigación es el procedimiento metodológico que se utiliza para obtener los datos de la realidad sobre los cuales, previa selección de ellos en función del objeto de análisis, se aplicará el razonamiento.

El primer paso que debe dar el investigador reside en la obtención de la mayor cantidad de datos posibles referentes al tema que aborda. Los estudios desprovistos de la necesaria búsqueda y observación de los datos y hechos de la realidad reducen el análisis sistemático a un razonamiento filosófico y abstracto basado solamente en las experiencias subjetivas del pensador. En tales casos, los estudios y conclusiones que se formulen carecerán de utilidad práctica, serán difícilmente verificables y su carácter científico será sumamente relativo.

Claro está que la búsqueda y observación de datos no agotan la investigación. La recopilación de datos que no está acompañada por la selección resultante de un enfoque y el razonamiento metodológico conduce a resultados meramente empíricos de tipo cuantitativo, que son insuficientes para dar sustento a los juicios de conocimiento.

Entre las técnicas de investigación, que pueden ser cualitativas o cuantitativas, podemos mencionar las encuestas, las estadísticas, la observación directa o indirecta de los hechos, los documentos, las entrevistas, las técnicas matemáticas y cualquier otro procedimiento útil para conocer y acumular los datos y hechos relacionados con el objeto de la investigación.

De las técnicas cualitativas, la observación de los hechos de la realidad es la que usualmente aplican los investigadores, aunque no necesariamente de manera excluyente. La observación puede ser directa o indirecta y, en ambos casos, extensiva o intensiva.

Las técnicas cuantitativas, que se basan en las matemáticas, consisten en la obtención de datos o hechos que son susceptibles de ser agrupados y cuantificados para efectuar la comparación de las cifras resultantes. En tal sentido, resulta aceptable concebir la matemática como el estudio racional y lógico de las relaciones simbólicas, que considera los sistemas integrados por la combinación lógica y armónica de los símbolos cualitativos y cuantitativos.

La cuantificación es sumamente útil siempre que no conduzca a los excesos de la "cuantofrenia". Muchas veces nos encontramos con obras aparentemente científicas que en rigor no son tales, ya que constituyen una simple acumulación de

gran cantidad de datos y hechos traducidos a cifras, pero carentes de toda sistematización y ordenación lógica.

#### 16. Enfoque metodológico

Una vez que el investigador obtuvo todos los datos y hechos posibles sobre el tema objeto de su estudio, corresponde que aplique sobre ellos un enfoque metodológico. El enfoque consiste en el procedimiento empleado por el investigador para seleccionar los datos y hechos obtenidos mediante el uso de las diversas técnicas de investigación.

El fenómeno político se exterioriza en una variedad infinita de matices y cualidades que son reflejadas por los datos obtenidos. De esa amplia variedad, al investigador solamente le interesa una parte de ella, cuya selección será realizada mediante la aplicación de un criterio particular de acercamiento al tema de estudio que se denomina "enfoque metodológico".

Los enfoques son procedimientos aplicados para seleccionar los datos de la realidad que, usualmente, reciben el nombre de "métodos". Sin embargo, esta última denominación resulta incorrecta, porque los enfoques son criterios adoptados por el investigador para encarar el estudio de los fenómenos políticos desde un punto de vista determinado, aunque no para formular conclusiones. Ellos son las vías de acceso al conocimiento, independientes del propósito de articularlas en un proceso intelectual lógico.

Los enfoques conducen a la selección de los problemas y datos, mientras que los métodos aluden al proceso racional que se aplica sobre ellos para arribar a las conclusiones de la investigación.

Los enfoques, a diferencia de los métodos, son numerosos. Pero son escasos los empleados usualmente para el estudio de los problemas constitucionales.

Entre ellos cabe mencionar el enfoque iusnaturalista, que aborda la selección de los datos de la realidad con un criterio valorativo basado sobre los principios del derecho natural. El ser humano tiene evidentemente fines que responden a su constitución natural y que son los mismos para todos, así como también disposiciones que conoce mediante la razón y que lo inducen a cumplirlas para la concreción de aquéllos. Esto desemboca en la convicción colectiva de que existen principios superiores al derecho positivo y que las leyes humanas deben adecuarse a la naturaleza de las personas para ser razonables y justas.

El enfoque iusnaturalista, cuyos antecedentes sistemáticos más remotos se encuentran en el pensamiento griego, presupone la existencia de ciertos principios superiores que no han sido forjados por un acto volitivo del ser humano y que se deben imponer al derecho positivo. Platón y, más específicamente, Aristóteles distinguieron la existencia de dos órdenes normativos. Un derecho natural que es universal y al cual, a veces, se le atribuye carácter divino, y un derecho positivo local creado por el ser humano. La legitimidad de este último está condicionada por su adecuación al derecho natural.

El enfoque histórico, basado en el empirismo y la causalidad determinista que excluyen lo racional como factor desencadenante del comportamiento social, es otro de los enfoques utilizados en el proceso metodológico del Derecho Constitucional. Considerando que la historia es la gran maestra de la sabiduría, se concluye que la acumulación de las experiencias otorga cierta seguridad contra la reiteración de los errores del pasado, debido a su previsibilidad. En este sentido, la historia es testimonio de la experiencia humana.

El enfoque jurídico se concentra en la selección de todos los fenómenos de la vida jurídica y de los hechos positivos que los representan. Está compuesto por el análisis jurídico de los elementos lógicos de la relación tales como las constituciones, leyes y sentencias judiciales, y por la construcción jurídica que ordena aquellos elementos para inferir principios y conclusiones.

El enfoque sociológico concentra la investigación del Derecho Constitucional en la investigación sociológica, al considerar que el derecho es simplemente una manifestación de la vida social. Consiste en la observación, análisis y comparación de los datos de la vida social en su conjunto, para luego poder determinar las leyes a que responden las relaciones sociales.

El enfoque político parte de la idea de que el Derecho Constitucional resulta del efectivo funcionamiento de las instituciones estatales y sólo en mínima parte del texto de una constitución. Es una reacción contra el formalismo jurídico, que propicia la inserción de elementos sociológicos, históricos y valorativos para la caracterización del bien común como objetivo fundamental de toda sociedad política global. En el marco del dinamismo institucional, conduce a la selección de los hechos políticos con prescindencia de su regulación legal.

También podemos mencionar al enfoque económico, que selecciona los datos políticos provenientes de las relaciones de producción. El enfoque positivista, que aspira a la comprensión de los fenómenos constitucionales tal como se presentan en la realidad y con exclusión de todo criterio valorativo. El enfoque del comportamiento político que, a través de la aplicación conjunta de los enfoques sociológico, psicológico y antropológico, procura encontrar uniformidades en las conductas de los grupos sociales que producen las estructuras sociales, las instituciones, las ideologías y las leyes.

El enfoque del comportamiento político tuvo y tiene particular gravitación en el desenvolvimiento de las investigaciones políticas y constitucionales con un criterio esencialmente científico y desprovisto de matices especulativos.

El objeto del análisis empírico y teórico de este enfoque reside en la conducta de los grupos sociales y de las personas, en tanto quedan relegados a un plano secundario los hechos, las ideologías y las instituciones. Sus partidarios consideran que los hechos, ideologías e instituciones no generan comportamientos humanos originarios y creativos, sino que son precisamente consecuencias producidas por tales conductas. Como la teoría y la investigación políticas se nutren en el comportamiento político, necesariamente el enfoque importa una consideración conjunta de la psicología social, la sociología y la antropología cultural.

El carácter complejo del enfoque determina una intensa interdependencia de la teoría y la investigación y, conduce a un empirismo científico que se distingue del meramente descriptivo de los hechos. Precisamente, ese empirismo científico permite identificar uniformidades en el proceso político y la expresión de reglas generales sobre la acción política.

Entre los enfoques metodológicos cabe incluir a la teoría de los juegos, aunque su carácter de tal suele ser cuestionado. Más que de un enfoque, se trataría de un procedimiento metodológico a través del cual se podrían formular leyes científicas merced a la aplicación de alguno de los enfoques.

La teoría de los juegos integra la categoría de los juegos de estrategia, en oposición a los juegos de azar, pues el factor determinante en su desarrollo reside en la habilidad de los protagonistas que participan del juego. El marco de la teoría de los juegos está integrado por tres elementos: la información que cada jugador posee sobre su adversario, las alternativas que puedan presentarse en el curso del juego y cuya consideración se impone el momento de adoptar una decisión y la formulación de una estrategia con cierto grado de flexibilidad; el conocimiento de las reglas del juego que, incluso, pueden traducirse en la ausencia de reglas, donde la regla será la inexistencia de límites para el accionar de los jugadores; y la determinación de la conducta a seguir para obtener un resultado satisfactorio, que inclusive se puede reflejar en la derrota que le ocasione la menor cantidad de perjuicios posibles al jugador.

Mediante la teoría de los juegos se puede ofrecer una explicación para ciertos comportamientos sociales o un mecanismo para el análisis de tales conductas. Sin embargo, su aplicación no es sencilla. El dinamismo de la vida social y política impide, con frecuencia, la manifestación de una relativa estabilidad y uniformidad en las reglas de juego. Por otra parte, como las reglas de juego se pueden modificar durante el curso del proceso político sometido al análisis, la posibilidad de predecir razonablemente el resultado del juego se reduce sensiblemente.

Otro enfoque sumamente importante aunque, lamentablemente, de escasa aplicación en el ámbito de los científicos políticos latinoamericanos, consiste en la psicopatología política. Se concentra en el estudio de las manifestaciones políticas de la personalidad humana, para lo cual acude a las técnicas del psicoanálisis. Mediante la técnica de la entrevista prolongada a protagonistas políticos activos, se procura determinar los factores que influyen sobre sus actitudes, para luego relacionarlas con las biografías de personas determinadas y poder prever cuáles serán los contenidos de las conductas políticas por la gravitación de tales factores. Se aspira a presentar una tipología de los individuos en función de sus patologías, que permita predecir sus reacciones conforme a los estímulos que en ellos puedan generar determinados fenómenos políticos.

Una de las variantes de la psicopatología política consiste en la tipificación de los desórdenes mentales que se puedan detectar en los protagonistas políticos, aunque en modo alguno ello significa que se los pretenda presentar como insanos o seres disminuidos en sus facultades mentales. Pero sí constatar que todos ellos,

en mayor o menor medida, presentan anomalías o deficiencias determinantes de sus comportamientos. Anormalidades físicas o mentales, adquiridas en la vida social o hereditarias, como pueden ser la paranoia, la disfunción sexual, la atrofia total o parcial producida por ciertas enfermedades, el consumo de alcohol o de estupefacientes, son factores que acarrear alteraciones en la personalidad de los individuos que son descritas por la psiquiatría, con inclusión de ciertos fenómenos de relevantes consecuencias en la actuación política, como pueden ser la frustración, un arbitrario nivel de autoestima, la depresión o los arrebatos que trae aparejada la euforia.

La aplicación rigurosa de este enfoque puede ser de gran utilidad para ofrecer respuestas científicas a innumerables episodios o situaciones políticos. Permite, tal como se ha hecho sobre la base de entrevistas personales y los testimonios resultantes de los juicios sustanciados ante el Tribunal de Nuremberg, desentrañar con cierta certeza las razones del surgimiento y desarrollo del nazismo en Alemania. Permitiría conocer y tipificar las personalidades de Stalin en Rusia, de Castro en Cuba, de Chávez en Venezuela, de Yrigoyen y Perón en la Argentina —e incluso de una personalidad tan sugestiva como la de Néstor Kirchner— y de tantos personajes que gravitaron sobre el desarrollo político de los pueblos. También permitiría conocer los factores desencadenantes de los llamados crímenes de lesa humanidad mediante el análisis de sus autores, así como también de otros fenómenos como el populismo, la xenofobia, la discriminación racial, y en definitiva, los innumerables y aparentemente irracionales conflictos y enfrentamientos armados que se producen entre diversos grupos sociales.

Finalmente, cabe citar el llamado enfoque integral, que importa analizar un fenómeno político mediante la aplicación simultánea de todos los restantes enfoques. Como conjunto de enfoques, procura otorgar una visión completa del fenómeno constitucional capaz de abarcar sus matices jurídicos, políticos, sociales, económicos, históricos. Es, indudablemente, el más perfecto, complejo y difícil de aplicar de todos los enfoques metodológicos, por lo cual su eficacia depende de las dimensiones reducidas de su unidad de análisis y de la integración armónica de un grupo interdisciplinario de investigación.

#### 17. El método

Una vez efectuada la selección de los datos y hechos obtenidos mediante la aplicación de uno o varios enfoques metodológicos, el investigador procura sistematizar tales elementos para formular conclusiones. Para ello, acude al razonamiento lógico mediante el procedimiento de la deducción o de la inducción. Se trata de la tercera etapa del proceso metodológico, que es la aplicación del método propiamente dicho.

El método deductivo consiste en considerar los elementos generales para formular conclusiones particulares sobre la base de la especulación.

El método inductivo consiste en considerar los elementos particulares seleccionados con el enfoque para formular conclusiones generales sobre la base de la observación.

Tradicionalmente, y con acierto, Platón ha sido presentado como el precursor del método deductivo, y Aristóteles del método inductivo. El primero, a partir de principios generales y de la abstracción, formuló su esquema de la polis ideal en la república. La razonabilidad de sus conclusiones fue obra de su talento singular, aunque la concreción práctica de ellas impone una elevada cuota de autoritarismo. El segundo, sobre la base de hechos históricos y sociológicos, y de la observación de las experiencias resultantes, arriba a conclusiones generales que, en una etapa posterior, permitirán establecer su viabilidad práctica en cada caso concreto sin aspirar a imponer coactivamente una solución predeterminada.

Si bien la generalidad de los investigadores de los fenómenos constitucionales utiliza ambos métodos, aunque otorgando preferencia a alguno de ellos, el método inductivo es el que mejor se adecua a los requerimientos provenientes de una investigación social que aspira a no ser separada del conocimiento de la realidad.

En algunas oportunidades, se hace referencia a un método mixto, consistente en la aplicación sucesiva de la deducción y la inducción, o en un orden inverso.

En realidad, no se trata de un método propiamente dicho, sino de un proceso de verificación. Reside en someter las conclusiones obtenidas con uno de los métodos a la aplicación del restante. Así, a los resultados logrados mediante la inducción, es conveniente acudir a la deducción para constatar la razonabilidad de los primeros. Pero no nos enfrentamos con un nuevo método sino, eventualmente, con un análisis comparativo de las conclusiones producidas por la deducción y la inducción; de un análisis comparativo entre dos formas de razonar que pueden, o no, conducir a iguales resultados.

#### 18. Constitucionalismo y estado de derecho

La concepción del Estado de Derecho, como forma de manifestación del poder estatal opuesta al llamado Estado de Policía, es una creación doctrinaria formulada por la escuela alemana del Derecho Constitucional.

Esta construcción doctrinaria y jurídica fue desarrollada en 1832 por Robert von Mohl y, según ella, toda la actividad estatal se debe adecuar a las normas jurídicas dictadas por el propio Estado. La obligatoriedad de tales normas no se limita a los particulares, sino que se extiende al Estado, cuyo desenvolvimiento debe concretarse en el marco de la ley y nunca fuera de ella.

El propósito perseguido por este enfoque jurídico fue el de dotar de seguridad a los derechos para que ellos no fueran desnaturalizados a través de un ejercicio abusivo del poder que, como tal, se opone a la ley.

Sin embargo, esta concepción resultó incompleta en cuanto al contenido personalista de los valores que se pretendían preservar con la creación del Estado de Derecho. En efecto, esa estructura formal, desprovista de una idea política dominante personalista, podía transformarse en Estado de Derecho a cualquier régimen cuyo accionar se adecuara a la ley.

Ese vacío fue cubierto por el movimiento constitucionalista, mediante la revitalización de los ideales personalistas que habían sido cuestionados o condenados con motivo de una aplicación esquemática de la doctrina del Estado de Derecho.

La democracia constitucional como sistema político que surgió en el curso del siglo XIX, y que tiende a adquirir vigencia mundial en el siglo XXI, no es solamente forma, sino también esencia.

Es un sistema revestido con las propiedades necesarias para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del ser humano. Además, su presencia requiere, en forma ineludible, que en mayor o menor grado los gobernados intervengan en el gobierno y que los roles gubernamentales estén integrados por personas idóneas.

Si bien es cierto que el primero de los recaudos se cumple a través del proceso electoral, también es cierto que la simple vigencia de los actos electorales no asegura la existencia de la democracia. Es necesario también que exista una fluida y constante comunicación entre gobernantes y gobernados, basada en la libertad y la igualdad, y una idea política dominante en la sociedad que le asigne al ser humano, a su libertad y dignidad, el carácter de único objetivo del sistema.

Históricamente, la esencia de la democracia pudo ser concretada por el movimiento constitucionalista, que implementó las técnicas destinadas a limitar el ejercicio del poder mediante diversas instituciones afectadas a la defensa de la personalidad individual y de los derechos naturales que son atributos inalienables del ser humano.

El constitucionalismo es un movimiento social y político que tiende a lograr una finalidad personalista mediante la vigencia de una especie particular de constitución jurídica.

Es un movimiento socio-político porque sus antecedentes se remontan a la existencia de las primeras organizaciones políticas, cuando en sus ámbitos se vislumbró la lucha del hombre por la libertad. En este sentido, el constitucionalismo es la corporización doctrinaria de la lucha permanente del hombre por la libertad.

Ese movimiento tiene una finalidad esencialmente personalista, ya que concibe al hombre como artífice de la vida política y a la libertad y dignidad como supremas y únicas finalidades de esa actividad.

Para alcanzar sus objetivos, el constitucionalismo propicia el empleo de un instrumento llamado constitución. No se trata de una constitución natural histórica o de una constitución real sociológica. Tampoco se trata de cualquier constitución jurídica, sino de una especie de ella en la cual se reconozcan los principios que conforman aquella dignidad y libertad humana, y se consagren las técnicas destinadas a que no se tornen ilusorios esos postulados.

Si bien los antecedentes del constitucionalismo son remotos y su existencia se vislumbra en la permanente lucha del ser humano por su libertad, los ideales de

ese movimiento recién fueron concretados en forma estable a partir de mediados del siglo XVIII. Hasta ese momento las manifestaciones del constitucionalismo fueron simples inquietudes, reconocimientos o concesiones parciales de derechos que no reflejaban una idea dominante dentro de la sociedad.

Se trataba, en el mejor de los casos, de muestras de un constitucionalismo imperfecto donde la concesión de libertades políticas no estaba acompañada de libertades civiles o viceversa. No se advertía que la libertad civil, si no es acompañada por la libertad política, no puede ser duradera, ya que su permanencia depende de la voluntad del gobernante de turno, y que la libertad política, si no es acompañada por la libertad civil, carece de razón de ser, ya que es sólo un medio para alcanzar esta última.

De tal modo, el constitucionalismo se estructuró en el siglo XVIII, cuando: 1) Comenzó a transformarse en idea política dominante aquella que concibe la libertad y la dignidad del hombre como objetivos fundamentales de la vida política; 2) comenzó a tener vigencia una especie particular de constitución jurídica; 3) surgieron técnicas jurídicas destinadas a evitar la concentración y el ejercicio abusivo del poder; 4) se reconocieron jurídicamente los derechos y libertades resultantes de la naturaleza humana.

Si bien originariamente en el seno del constitucionalismo prevaleció una tendencia individualista, a mediados del siglo XIX comenzó a operarse una ligera variación en esa línea por obra del liberalismo católico y del socialismo. Esa variación, que es consecuencia del carácter dinámico del constitucionalismo, quedó consolidada a comienzos del siglo XX en el fenómeno que Segundo V. Linares Quintana designó con el nombre de constitucionalismo social.

Fue en ese momento cuando los textos constitucionales comenzaron a reconocer al ser humano no en abstracto, sino inmerso en la convivencia social, y los derechos individuales fueron reglamentados con base en el interés social o bien común. Se entendió que la organización política no debía limitarse al reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, sino que además debía crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia social.

Ya no se concebía solamente al individuo como titular de derechos y objeto de la función protectora del poder, sino que fueron agregados los grupos sociales coordinando una relación armónica entre el hombre y la sociedad, sin que el amparo de los derechos sociales condujera al extremo de allanar las libertades individuales. A esta expresión del constitucionalismo respondieron, entre otras, las constituciones de México (1917), Weimar (1919), Finlandia (1919), Austria (1920), Estonia (1920) y Polonia (1921).

Al concluir la Primera Guerra Mundial, en 1918, se tuvo la fundada impresión de que la doctrina personalista del constitucionalismo se había consolidado definitivamente. Esa impresión no sólo estaba avalada por la sanción, en casi todos los países europeos y americanos, de textos constitucionales democráticos, sino también por el deterioro y desprestigio manifiestos de las concepciones totalitarias y absolutistas que se habían desenvuelto hasta ese momento.

Sin embargo, en forma casi simultánea y bajo nuevas modalidades y características, renacieron con singular energía las doctrinas totalitarias transpersonalistas, que consideran al hombre no como objeto final de la actividad política, sino simplemente como una herramienta o instrumento para alcanzar otros fines que son presentados como valores superiores a la dignidad humana.

Así se inició un proceso de desconstitucionalización con el surgimiento de diversos sistemas autocráticos, cuyos máximos exponentes se asentaron en Rusia (1918), Italia (1922) y Alemania (1933), y cuya secuela se extendió al resto de Europa y al continente americano con la aparición de los regímenes neopresidencialistas.

Recogiendo la moda política de ese momento, el comunismo, el fascismo, el nacionalismo y sus variantes vernáculos se proyectaron doctrinariamente como manifestaciones de un paternalismo irracional que desembocaba en el culto a la intolerancia, la violencia, la fuerza y la supresión de una convivencia democrática. La paulatina absorción de la sociedad por el Estado, la sobreestimación de la política del bienestar con su secuela materialista, la búsqueda de personalidades dominantes y la relación mística con el líder fueron claras manifestaciones de la profunda conmoción ideológica producida por la difusión de las nuevas ideas totalitarias.

En el curso de esta evolución, la búsqueda de protección y seguridad, practicada en forma sectorial, se tradujo en una despersonalización de la vida y en una actitud de desdén hacia los valores humanistas. Todo ello como consecuencia de una concepción materialista que conduce, necesariamente, a una sobrevaloración de la seguridad con su secuela inevitable: la cada vez mayor restricción a las libertades públicas y privadas.

Esta sobrevaloración de la seguridad, así como los excesos resultantes del colectivismo, del corporativismo y de la planificación, en orden a la supresión, desnaturalización o limitación arbitraria de los derechos y libertades, todo ello realizado con el aparente y loable propósito de proteger a las personas, se reflejaron en el notable crecimiento de las actividades estatales. Crecimiento cuyo objetivo residió en acelerar la satisfacción de las demandas sociales, con prescindencia de una línea política arquitectónica basada sobre el bien común y con un costo significativo: el deterioro de la personalidad individual y de la dignidad del hombre como valores básicos del constitucionalismo.

Asimismo, como corolario de esta expansión totalitaria, se estableció un amplio espectro de normas jurídicas destinadas a fortalecer las prerrogativas del Estado en su relación con la sociedad y con las libertades de las personas, lo cual desembocó en una situación de privilegio y abuso del poder que es, precisamente, el núcleo cuya destrucción persigue el movimiento constitucionalista.

En cierto modo, la confusión ideológica entre el bien común y el bien del Estado condujo a una paulatina sustitución de los fines personalistas del constitucionalismo por objetivos transpersonalistas que no se compadecen con su esencia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento constitucionalista prosiguió su expansión que, en muchos casos, fue frustrada por la intolerancia y el vigor de las doctrinas totalitarias impuestas a las naciones del centro y este de Europa, a varias de África y Asia y a alguna de América. Pero ese enfrentamiento entre el constitucionalismo y las doctrinas totalitarias es simplemente la demostración de una constante en la historia de la vida del hombre que es la lucha por la libertad.

Así, en la culminación del siglo XX, y como consecuencia de esa lucha, pudimos presenciar un fenómeno que no era racionalmente previsible a comienzos de su segunda mitad. Se trató de la caída estrepitosa del régimen totalitario imperante en la Unión Soviética y en aquellas naciones europeas y asiáticas que estaban sujetas a su dominio. La aparente solidez de ese régimen fue paulatinamente carcomida por diversos factores, entre los cuales se destacó el desarrollo del pluralismo gestado por las novedosas técnicas de comunicación social, que demostraron ser mucho más eficientes que la fuerza de las armas.

Sin embargo, y considerando al mundo como unidad de análisis, no se trata de un proceso lineal sino de una evolución carente de uniformidad en todas las naciones. La creciente interdependencia de éstas, la creación de entidades internacionales y los proyectos para concretar organismos supranacionales conforme a los valores del movimiento constitucionalista no fueron impedimentos para la recreación de ciertos gérmenes neautoritarios que tipifican a las autocracias subsistentes a comienzos del siglo XXI, ni para la proliferación institucionalizada de grupos terroristas basados sobre el nacionalismo y las concepciones teocráticas.

De todas maneras, las organizaciones políticas autoritarias y neautoritarias tienden, progresivamente, a ser sustituidas por conformaciones democrático-constitucionales en un marco de transición cuya celeridad depende de la evolución cultural encaminada hacia la adaptación y comprensión de los valores democráticos, tanto en la esfera pública como en la vida privada. Precisamente, esa formidable expansión del movimiento constitucionalista permite vislumbrar su proyección, a corto plazo, sobre otras áreas donde perduran, con relativa firmeza, regímenes basados sobre concepciones transpersonalistas que desconocen la libertad y dignidad de los individuos.

#### 19. Técnicas del constitucionalismo

El movimiento constitucionalista, que supo dar al sistema democrático su contenido esencial, se asienta sobre dos pilares.

Uno de ellos es el imperio de la ley, principio resultante de la doctrina del Estado de Derecho que subordina a gobernantes y gobernados a una misma norma jurídica por encima de toda voluntad personal. Pero esa subordinación no se concreta frente a cualquier ley, sino respecto de aquella que refleja los fines humanistas del constitucionalismo.

El segundo pilar concentra la titularidad del poder en la comunidad, lo cual significa negar a una persona o a un grupo de personas toda posibilidad de regir

los destinos de una nación sin su consentimiento expreso y permanente colaboración.

A estos dos pilares se añade la firme integración de los Estados en el orden internacional para preservar las libertades individuales y sociales, consolidar la paz y concretar una convivencia armónica bajo la directriz del movimiento constitucionalista.

Para afianzar esos fundamentos, para que sean una realidad, el constitucionalismo se vale de una serie de técnicas que pueden ser sintetizadas en cuatro:

- 1) La supremacía de la constitución, que significa concebir ésta como un conjunto fundamental de normas, en el cual encuentran su origen y validez las restantes disposiciones normativas destinadas a reglamentar sus preceptos. Principio este último que tiende a extenderse a los ordenamientos jurídicos internacionales.
- 2) La distinción entre la función constituyente y las funciones ordinarias del gobierno, a fin de brindar rigidez a las normas superiores que contribuyen a dotar de seguridad a los derechos individuales y sociales frente a la acción gubernamental ordinaria.
- 3) Separación y control de los órganos del poder para evitar su ejercicio abusivo a través de la concentración del ejercicio en un solo órgano gubernamental. Es el esquema desarrollado a partir del principio de la separación de los poderes propuesto por John Locke sobre la base de un iusnaturalismo que presenta una raíz tomista y neoescolástica.
- 4) Designación de los gobernantes por elección a través de un cuerpo electoral fundado sobre la universalidad y la igualdad del voto, para dar así una respuesta a los dos interrogantes fundamentales que presenta toda sociedad política: ¿quién designa a los gobernantes?, y ¿cómo son designados los gobernantes?

La aplicación de tales técnicas determina la tipificación de un sistema democrático constitucional cuya vigencia, en cada caso concreto, se verifica a través de:

- 1) El reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano como finalidad suprema y última de la organización política.
- 2) La aceptación de una idea política dominante por la comunidad que le atribuye el carácter de efectivo y real titular del poder.
- 3) La limitación y el control del poder estatal.
- 4) La juridicidad, que impone a gobernantes y gobernados el deber de actuar dentro del cauce de la ley.
- 5) El principio de legalidad, conforme al cual todo acto estatal que interfiera con la libertad del individuo debe fundarse sobre una norma legal que jamás podrá tener un alcance tal que importe la desnaturalización de aquélla.

Históricamente ha quedado demostrado que la democracia constitucional es el menos imperfecto de los sistemas políticos que conoció la humanidad, y que todos

los intentos practicados para sustituirla han conducido a la degradación espiritual de los pueblos obligados a soportar las elucubraciones de sus teóricos.

Es cierto que la democracia, como todo sistema creado por el ser humano, es esencialmente imperfecta y jamás alcanzará la perfección. Frente a este hecho, es inmenso el daño que le ocasionan al sistema constitucionalista aquellos idealistas que nos lo presentan como un sistema carente de defectos, como también aquellos teóricos que pretenden perfeccionarlo al idear técnicas e instituciones desconectadas de la realidad.

Sin embargo, la imperfección de la democracia no justifica un tipo pasivo de conducta y así el hombre, impulsado por una fuerza natural inagotable, procura aferrarse a un estilo de vida donde imperen la tolerancia y el respeto, la libertad y la dignidad, la responsabilidad y la eficiencia.

El establecimiento o la consolidación de un sistema constitucionalista no es una tarea sencilla ni depende de la voluntad del legislador. Mediante una ley o una reforma constitucional jamás se conseguirá instaurar una auténtica democracia. Para ello, deberán cumplirse ciertas condiciones por parte de los ciudadanos.

Sobre todo, se requiere cierta cultura política, una adecuada visión de conjunto de la política, del bien común y un elevado sentido de responsabilidad que se traducirán en el surgimiento de dirigentes idóneos, ya que éstos, en definitiva, no pueden ser mejores ni peores que la comunidad de la cual provienen. Es que cuando el pueblo y sus dirigentes carecen de una firme convicción arraigada en el humanismo, la debilidad de la democracia es manifiesta y su instauración o fortalecimiento no se conseguirán mediante la fuerza ni con simples reformas legislativas.

## 20. Ciclos políticos

La estabilidad de la que disfrutaban —en algunos casos desde hace siglos— ciertos sistemas constitucionalistas es un ideal cuyo logro puede concretarse por los medios adecuados. Tales medios deben apuntar a los ideales permanentes de la existencia humana, dotando a la comunidad de la cultura democrática necesaria que le haga comprender y valorar la trascendencia que reviste el vivir en libertad y con dignidad. Caso contrario, se presentará el campo propicio para el desarrollo del germen de la indiferencia, de la insensibilidad política y del miedo a convivir libremente con responsabilidad.

La inexistencia de una apropiada cultura cívica es, precisamente, lo que permite la producción de ciertos fenómenos políticos que atrofian todo intento por instaurar un sistema democrático constitucional.

Tales fenómenos son los siguientes:

- 1) Inexistencia de elecciones generales o parciales durante lapsos prolongados, lo que impide a los ciudadanos expresar su voluntad mediante su participación activa en la vida política y con la continuidad necesaria.

2) Las rupturas del orden constitucional, que generan una sensación de impotencia e inseguridad en los ciudadanos que los aparta de la política y rodea a quienes aspiran a gobernar de valores negativos que se reflejan en la burla y la falta de respeto al principio de autoridad.

3) El temor que siente la persona por asumir responsabilidades pues, precisamente, uno de los mayores riesgos que enfrenta el sistema democrático constitucional reside en que el ser humano carente de cultura cívica procura desligarse de responsabilidades sociales para lo cual transfiere la solución de sus problemas a personalidades dominantes, conducta que caracteriza a los componentes de una sociedad de masas.

4) Ausencia de notas representativas en las fuerzas políticas y, en particular, en los partidos políticos debido a la estratificación social de su dirigencia.

5) Ausencia de libertad en el proceso político e imposición de trabas para el acceso de los ciudadanos a él.

6) Escasa, incompleta o falsa información sobre los problemas políticos y sociales.

7) Carencia de idoneidad en los gobernantes y dirigentes de los grupos sociales para implementar la libertad y dignidad en la convivencia cotidiana.

Algunos de estos factores ejercen mayor gravitación que otros, pero en conjunto reflejan un estado de incultura cívica que genera el riesgo de que los gobernados seleccionen o acepten como gobernantes a las figuras ofrecidas por los audaces sin verificar su aptitud para gobernar y sin exigir que acrediten tal aptitud.

El estado de incultura política permite verificar y comprender, en el seno de las sociedades modernas en transición, la presencia de dos especies de ciclos políticos cuya brevedad y antagonismo impiden la formación de gobiernos estables, la expresión de políticas uniformes y la consolidación del constitucionalismo. Precisamente, la inestabilidad es propia de aquellos pueblos que carecen de una personalidad política definida y oscilan entre la democracia y el autoritarismo o el neautoritarismo.

El primero de estos ciclos, de carácter formal, se expresa de manera pueril. Es el fervor por la democracia concebida, no como forma de relación humana, sino como una lucha abierta por el poder. El hombre se conforma con el aparente funcionamiento de las instituciones políticas sin verificar las fallas que presenta su estructura si se la aísla de su contenido sustancial. Este ciclo expresa simplemente una aspiración, un deseo por ver cristalizadas dichas instituciones, y en él no se hace referencia a la finalidad perseguida con la institucionalización. Es que la institucionalización no es una meta para la democracia constitucional, sino solamente un medio para alcanzar un fin superior: consolidar la dignidad de las personas en el marco de una vida en libertad.

Este ciclo es generado por una especie de pensamiento para el cual el conocimiento, la educación, la vida, la libertad y todos los valores morales no son fines últimos, sino instrumentos de dominio. Son simples técnicas destinadas a

saciar la vasta fantasía y la ambición de poder que tienen sus protagonistas. El contenido de este ciclo puede ser positivo si sus valores se aplican en forma total. Es positivo si no se limita a consagrar la vigencia de las instituciones políticas democráticas, sino también a consolidar la democracia como forma de vida. En cambio, si queda limitado al primer aspecto, se ve acompañado por el caos, germen que desencadena necesariamente el ciclo opuesto.

El segundo ciclo está personificado por el hombre autoritario. Mientras que en el primero se expresa el hombre formalista, en el segundo se desenvuelve aquel que, con invocación de una especie singular de realismo, reniega de los valores constitucionalistas y procura ordenar la vida social conforme a reglas ideales del deber ser como si fuera un juego de laboratorio. Se trata de una etapa dirigida por individuos intolerantes, que tienen un concepto elevado sobre sus propios dones, que se apartan de lo concretado políticamente y aspiran a aplicar autoritariamente una serie de principios ideales desconectados de la realidad, con el total convencimiento de que ellos responden a los anhelos del pueblo. Son conductores de masas y no de un conjunto de personas libres.

La experiencia resultante de esta inestabilidad política, de esta permanente sucesión de ciclos opuestos y contradictorios, tan frecuentes en muchos países americanos y a fines del siglo XX en aquellos que estuvieron sujetos al yugo de la Unión Soviética en Europa y Asia, revela la conveniencia de aplicar dos remedios.

Uno de ellos es la participación política, la necesidad de mantener en vigencia los canales apropiados para que exista una comunicación eficiente entre gobernantes y gobernados, para que el aislamiento de unos no impulse la arbitrariedad de los otros.

Aquí se destaca el papel primordial que desempeñan los partidos políticos como instrumentos útiles para el funcionamiento del mecanismo democrático. Ello no importa asignarles el carácter de panacea democrática: la democracia no comienza ni termina con los partidos políticos, ya que éstos simplemente constituyen una solución técnica para el funcionamiento del sistema democrático constitucional. Por eso, si bien es un grave error prohibir el funcionamiento de los partidos políticos, tampoco es conveniente ubicarse en el polo opuesto, que propicia la partidocracia y les asigna a aquéllos el monopolio de la vida política, particularmente en el proceso de selección y formulación de las candidaturas para los cargos públicos.

El segundo remedio es la idoneidad de los dirigentes, debido a los riesgos que genera para la sociedad la desjerarquización de la actividad política por una errónea selección de aquéllos.

La carencia de idoneidad en los dirigentes favorece el surgimiento, en los grupos de opinión, de una idea negativa que se extiende a todos los interesados en participar activamente en la política. La incapacidad o la inmoralidad de ciertos dirigentes determinan, frecuentemente, la generalización del concepto, con desprestigio de la función pública.



Como históricamente la sustitución de los sistemas autocráticos por los democráticos obedeció a la necesidad de guiar a la sociedad por imperio del mérito, este requerimiento crea una constante en la democracia, traducida en el deber de seleccionar a los más aptos para gobernar.

La adecuada selección de los dirigentes y la negación del monopolio de los partidos políticos en las relaciones del poder no son suficientes para asegurar la vigencia de una democracia constitucional. Como en definitiva es el ser humano, y no los sistemas ni las instituciones ni las leyes, el artífice de la vida política, de él dependerá que se cumpla aquel objetivo.

## 21. Educación para la libertad

Tal circunstancia revela la trascendencia que tiene la educación en general, y en particular la educación cívica, como presupuesto cultural para contrarrestar uno de los peligros decisivos para la democracia, que es la ignorancia.

Juan Bautista Alberdi describió con agudeza que "el sufragio de la multitud, donde la multitud es incapaz de sufragar porque ha mamado la obediencia inerte, no puede producir otro resultado práctico que poner el gobierno del país en manos de los menos dignos, de los más audaces y más hábiles para arrancarle su voto, por coacciones y artificios finos, que le dan aire de un sufragio libre, pero que en realidad son votos arrebatados por el fraude. Todo país gobernado por la multitud ignorante en las prácticas de la libertad, lejos de tener a su cabeza los mejores hombres del país, tiene infaliblemente los mayores intrigantes y bribones".

Cuando una década después de haber concluido la Primera Guerra Mundial se experimentó el fracaso estrepitoso de los intentos por establecer el sistema constitucionalista en varios países europeos, con el consiguiente surgimiento de los sistemas autocráticos, muchos pensaron que la fuerza avasalladora de estos últimos pondría punto final al ideal democrático, y la secuela de tal pensamiento llegó a cobrar cuerpo en nuestro hemisferio a partir de 1930.

Sin embargo, esa luz que abriga la democracia constitucional y la racionalidad de sus principios, acordes con la naturaleza humana, hicieron fracasar tales presagios. Las nuevas circunstancias históricas contribuyeron en casi toda Europa a un cabal funcionamiento de la democracia, incluso en aquellos países donde se había experimentado su fracaso, tales como Alemania, Italia, Portugal y España. Otro tanto aconteció en los Estados europeos y en las naciones que, durante varias décadas, fueron esclavizadas por el totalitarismo irracional de la Unión Soviética.

Tal resultado, más que a las reformas constitucionales o legislativas, se debió al profundo cambio operado en la mentalidad de la población, con motivo de la difusión de las ideas democráticas por los novedosos medios técnicos de comunicación social. Es que las características culturales de la sociedad son determinantes del grado de efectividad del sistema democrático. La más perfecta armazón constitucionalista puede fracasar en la práctica si desconoce las modalidades culturales de la comunidad para la cual fue creada.

La educación en general y la educación cívica en particular suscitaron una intensa preocupación en los constituyentes de 1853/60. Comprendían que la concreción del ambicioso plan de convivencia democrática que habían volcado en el texto de la Ley Fundamental estaba supeditada a la educación. A una educación para la libertad responsable, con todos los derechos y deberes que acarrea.

El auge del materialismo desprovisto de una finalidad espiritual, el logro de los objetivos personales al margen de la ley, la ambición desmedida alejada del bien común, la cultura burguesa post-napoleónica, el imperio de la fuerza bruta sobre la razón y el diálogo inteligente, son todos ellos factores que conspiran y corroen la formación cívica, de modo que conduce al empobrecimiento espiritual de la sociedad y a la desarticulación de una auténtica democracia. El hombre debe comprender que, para vivir en democracia, hay que asumir la carga de ciudadano y dejar la comodidad del mero habitante propia del hombre mediocre descripto por José Ingenieros.

Las técnicas aplicables en los sistemas democráticos están diseñadas para sociedades cuyo nivel cultural y educacional tiende a aumentar. De aquí se desprende la necesidad de fomentarlas, procurando despertar un interés racional y no meramente emotivo en los hombres por los fenómenos políticos. Esa necesidad de educar para la libertad, se manifiesta desde la niñez y su intensidad no debe decrecer con el transcurso del tiempo sino, por el contrario, debe incrementarse para que los educandos puedan percibir el rol decisivo que desempeñan en una sociedad democrática, para que tengan responsabilidad cívica, para que conozcan y comprendan la importancia de una constitución y de los valores fundamentales que la nutren. Sólo así, a través de la educación, el conjunto de ciudadanos dejará de ser una masa para alcanzar la dignidad de un pueblo.

Segundo V. Linares Quintana enseña que "la ignorancia de un pueblo, o la semiignorancia quizás más temible que aquélla, genera el clima propicio para el desarrollo del virulento y funesto germen del despotismo. Si los ciudadanos no son educados para la libertad serán siempre masa y nunca pueblo; rebaño que seguirá ciegamente a cualquier mal pastor; serán espectadores pasivos y no protagonistas de la gesta cívica".

La tarea educadora corresponde tanto a las entidades intermedias como a los medios técnicos de comunicación social, a los partidos políticos, a la escuela, a la universidad, e incluso a todos los ciudadanos. Pero, en particular, incumbe al Estado, quien por disponer de los recursos necesarios podrá realizar una campaña eficaz, capaz de informar e instruir a la comunidad sobre las razones históricas, políticas y jurídicas que determinan la necesidad de preservar y consolidar un sistema democrático constitucional.

La educación cívica del pueblo y el conocimiento de su razón de ser, de sus problemas y soluciones, de sus metas y recursos, integran la esencia del sistema constitucionalista, que requiere la capacitación de la comunidad para que ésta pueda asumir su defensa y evitar así su vejación por obra de las doctrinas mesiánicas.

(1) Casos "Arancibia Clavel" (LA LEY, 2004-F, 296 y Fallos CS 327:3312), "Espósito" (LA LEY, 2005-C, 1 y Fallos CS 327:5668) y "Simón" (LA LEY, 2005-E, 320 y Fallos CS 328:2056).

(2) Fallos CS 307:1094; 316:221; 321:2294 y 323:555.

(3) Fallos CS 310:1476; 312:2490; 315:1492; 318: 514 y 1943; 319:1840; 321:3630; 323:4130; 327:3294 y 3312; 328:2056.

(4) Fallos CS 318:2348; 319:2557; 322:1941; 327:5668; 328:1491.

## CAPÍTULO II

### La Constitución

#### SUMARIO

22. Concepto de constitución.
23. Clasificación de las constituciones.
24. Constituciones escritas y no escritas.
25. Constituciones codificadas y dispersas.
26. Constituciones rígidas, flexibles y pétreas.
27. Cláusulas pétreas.
28. Constituciones monárquicas y republicanas.
29. Constituciones originarias y derivadas.
30. Constituciones personalistas, transpersonalistas y neutras.
31. Constituciones normativas, nominales y semánticas.
32. Formulación e interpretación de las normas constitucionales.
33. Reglas para la formulación de las normas constitucionales.
34. Finalidad.
35. Prudencia.
36. Realismo.
37. Tradiciones y costumbres.
38. Estabilidad.
39. Flexibilidad.
40. Generalidad.
41. Lenguaje común.
42. Claridad.
43. Concisión.
44. Reglas para la interpretación de las normas constitucionales.
45. Interpretación, integración y construcción.
46. Interpretación literal, extensiva y restrictiva.
47. Interpretación auténtica, judicial y doctrinaria.
48. Reglas de interpretación constitucional.

49. Interpretación teleológica o finalista.
50. Interpretación semántica.
51. Interpretación sistemática.
52. Interpretación dinámica.
53. Reglas complementarias de interpretación constitucional.
54. Razonabilidad.
55. Interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios.
56. Presunción de constitucionalidad de los actos públicos.
57. In dubio pro libertate .
58. El Preámbulo de la Constitución.
59. El proceso constitucional argentino.
60. El Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810.
61. Acta capitular del 25 de mayo de 1810.
62. Reglamento orgánico y estatuto provisional de 1811.
63. Asamblea de 1813.
64. El Congreso de Tucumán.
65. Constitución de 1819.
66. Constitución de 1826.
67. Constitución de 1853/60.
68. Reforma constitucional de 1866.
69. Reforma constitucional de 1898.
70. Reforma constitucional de 1949.
71. Reforma constitucional de 1957.
72. Reforma de facto de 1972.
73. Reforma constitucional de 1994.
22. Concepto de constitución

El concepto de constitución no es sinónimo de Derecho Constitucional . Generalmente, y debido a la aplicación excluyente del enfoque jurídico, el concepto de constitución suele ser identificado con el concepto de Derecho Constitucional. Sin embargo, y a pesar de tratarse de vocablos que están estrechamente vinculados entre sí, ellos definen universos diferentes.

El Derecho Constitucional es una disciplina científica que tiene por objeto el estudio de la constitución y de las instituciones políticas, estén o no previstas en un texto constitucional. Abarca los contenidos del orden constitucional y del orden político.

Ese objeto del Derecho Constitucional incluye el estudio de la constitución, pero no se agota con ella, porque se proyecta sobre las instituciones políticas extraconstitucionales y sobre la realidad política, cuya composición no siempre coincide con la que debería resultar de la estricta aplicación del orden jurídico previsto en la constitución.

En sentido genérico, una constitución es el acto formativo o fundacional de una organización política global, que define las reglas de juego bajo cuya vigencia se desarrollarán las relaciones del poder político y la convivencia social. La constitución es la unidad orgánica de la organización política global y el modo en que se operará su funcionamiento.

En cambio, en sentido específico, la constitución es el fundamento axiológico de la organización política global, plasmado en los grandes fines asignados a ella.

Tanto el sentido genérico como el sentido específico son abarcativos de varios significados que cabe asignar al concepto de constitución y que, a pesar de su pluralidad, resultan indisolubles para su tipificación en el marco de la realidad política.

Así, el vocablo "constitución" puede definir el conjunto de las normas jurídicas fundamentales que regulan la sociedad política global, la organización del poder para la concreción de los fines de esa sociedad y los elementos de interrelación que determinan la creación, la subsistencia y el desarrollo de una comunidad política.

Estos tres conceptos, que en la realidad política son inseparables, permiten, en forma simultánea, que la constitución sea concebida como un documento jurídico fundamental, como un instrumento de gobierno y como un símbolo de la unión social o de la comunidad nacional. De tal manera, la fusión de estos conceptos hace posible determinar, en la realidad política, la presencia efectiva de una constitución con el sentido y la fuerza que le asigna la ciencia política. Y esa manifestación se hace efectiva tanto en un sistema político democrático como en uno autoritario, aunque sus contenidos varíen.

Como documento jurídico fundamental, la constitución consiste en la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento jurídico de una sociedad política. Esa regulación normativa no es todo el ordenamiento jurídico, sino solamente el que prescribe los lineamientos para la organización y el ejercicio del poder, así como las instrucciones sobre la forma en que deberán ser encauzadas las relaciones sociales. Es la unidad orgánica que determina las modalidades con que deberá ser estructurada la sociedad política y la forma bajo la cual deberá desenvolverse la convivencia social. El desarrollo de esos lineamientos está a cargo de normas jurídicas de jerarquía inferior que no integran el concepto de constitución.

Pero la constitución no es solamente un documento jurídico básico, sino también un instrumento de gobierno que prescribe de manera concreta cuál es la finalidad de la organización política y cuáles son los caminos que se deberán seguir para alcanzarla. Con este significado, en la constitución están expresados jurídicamente los grandes fines políticos de la sociedad y los procedimientos articulados para su concreción.

En este sentido político, la constitución es un auténtico plan o programa de gobierno, al cual deberá ceñirse el comportamiento social para realizar los objetivos determinantes de la creación de una organización política global. La constitución refleja el cómo y el para qué fue establecida esa organización, al tiempo que indica el curso de acción que deberán seguir los detentadores del poder y los mecanismos que habrán de aplicar para el logro de la finalidad constitutiva de la sociedad.

Una constitución, además de ser un documento jurídico fundamental y un instrumento de gobierno, es también un símbolo de la unión nacional. En este sentido, el concepto de constitución está integrado por un elemento que no se presenta en otros ordenamientos normativos: es un símbolo de la nacionalidad que refleja el sentimiento del elemento humano de la organización política global y que interpreta en forma concreta su manera de ser y de sentir.

La aceptación de ese carácter simbólico le asigna legitimidad a una constitución. Esto último, generalmente, acontece cuando se sanciona una nueva constitución para satisfacer una intensa demanda social en tal sentido, o cuando con motivo de su perdurabilidad es conocida y respetada por el hombre común, quien acepta su vigencia con todas sus ventajas y desventajas. Con mayor razón, cuando el texto constitucional se dicta con motivo del nacimiento de un Estado y fue fielmente acatado por varias generaciones que vieron colmados sus anhelos por la aplicación de las cláusulas de esa ley fundamental.

En ciertas oportunidades, la legitimidad de origen se diluye con el transcurso del tiempo afectando el prestigio de una constitución y, por añadidura, su carácter simbólico. Tal situación puede ser provocada por diversos factores.

Uno de ellos consiste en el excesivo tecnicismo o la injustificada extensión de las constituciones. En tales casos, el ciudadano se desentiende de su comprensión, de modo que ella queda reservada a juristas especializados que no siempre son idóneos en el arte de la comunicación popular. La constitución se transforma en una especie de misterio, en algo intangible e ininteligible para el ciudadano y su despreocupación desemboca en una actitud de indiferencia frente a los eventuales incumplimientos de los preceptos constitucionales.

Otro factor reside en la manipulación del texto constitucional que suele efectuar la dirigencia política. A fin de satisfacer sus intereses de política agonal, no tiene reparos en exigir un cumplimiento ortodoxo de la constitución para, poco tiempo después, incurrir en interpretaciones arbitrarias de sus cláusulas o propiciar su suspensión mediante la invocación de situaciones de emergencia o gravedad institucional.

También advertimos la existencia de constituciones plagadas de expresiones de deseos, que conforman un catálogo inagotable en el cual se aseguran los más variados derechos de manera explícita. La constitución es presentada como una panacea que, por sí sola, cubre las necesidades laborales, alimentarias, educativas, habitacionales, de salud y de progreso de todos los ciudadanos. Pero, en la práctica, ya sea por la impericia de los gobernantes o por la imposibilidad fáctica de concretar tales objetivos, la promesa se transforma en una quimera. En tales casos, la ingenuidad de los constituyentes hace de la constitución un simple pedazo de papel con la consiguiente frustración para los gobernados.

Por más perfecta que sea técnicamente una constitución, estará destinada al fracaso si no responde a los valores históricos y políticos de las personas cuyas conductas aspira a encauzar. Cuando una constitución no se integra cabalmente, en forma expresa o implícita, con los principios de los cuales resulta la unidad espiritual y política de un pueblo, que determinan la legitimidad del sistema constitucional, podrá tener validez jurídica, pero estará desprovista de validez axiológica al no representar a la comunidad nacional.

El concepto de constitución está integrado por esos tres significados, y la conjunción de ellos se sintetiza en una organización simultánea de las formas normativas del poder (concepto jurídico), de su ejercicio y programa (concepto institucional) y de su origen y finalidad (concepto simbólico).

## 23. Clasificación de las constituciones

Las diversas clasificaciones que se realizan de los textos constitucionales responden al propósito de agruparlas en categorías determinadas para así facilitar su tipificación y estudio. Se trata de una labor doctrinaria que simplifica considerablemente la introducción al análisis empírico de las constituciones y sus estudios comparativos.

## 24. Constituciones escritas y no escritas

De tales clasificaciones, la más tradicional y difundida es aquella que distingue las constituciones escritas de las no escritas.

Constituciones escritas son aquellas cuyas disposiciones están contenidas en una o varias leyes que cumplen con las formalidades impuestas a ellas, y cuyo carácter fundamental deriva, entre otras circunstancias, de haber sido formuladas con el carácter de normas rectoras que condicionan la validez y vigencia de las restantes disposiciones normativas desprovistas de aquella fundamentalidad.

En cambio, las constituciones no escritas son aquellas cuyos contenidos resultan de la costumbre y de actos de poder, sin que su carácter fundamental esté condicionado por la formulación escrita. Es posible que sus disposiciones, en algún momento, sean volcadas en un texto escrito, pero su calidad de normas constitucionales no dependerá de esa formalidad sino de su aceptación social consolidada por la legitimidad histórica y ética.

La distinción entre constituciones escritas y no escritas fue gestada por el movimiento constitucionalista cuando, a fines del siglo XVIII, fueron redactadas las primeras constituciones modernas. Se consideró, bajo la influencia del contractualismo y del iusnaturalismo, que era necesario documentar orgánicamente los mecanismos de limitación y control del poder para preservar la libertad y dignidad del ser humano.

Solamente mediante la forma escrita se podía afianzar la estabilidad del sistema y tornar perdurable la seguridad jurídica.

Por otra parte, la concepción de la constitución escrita también fue importante para expresar doctrinariamente una de las técnicas elementales forjadas por el movimiento constitucionalista. Se trata de la distinción científica entre el poder constituyente y los poderes constituidos, como mecanismo indispensable para dotar de estabilidad formal al orden constitucional.

## 25. Constituciones codificadas y dispersas

Resulta mucho más práctica y realista la distinción entre constituciones codificadas y dispersas que, hasta cierto punto, es un desarrollo de la clasificación anterior.

La constitución codificada es una especie de constitución escrita cuyos contenidos están sistematizados y consignados de manera orgánica en un documento jurídico único. Responde a una concepción mecanicista que contribuye a la seguridad jurídica y a la eficiencia del sistema constitucional, bajo la condición de que sus normas sean generales y flexibles.

En cambio, las constituciones dispersas son aquellas cuyos contenidos aparecen expuestos en una pluralidad de documentos jurídicos y costumbres carentes de organicidad, y que responden a una concepción evolutiva del sistema constitucional.

El ejemplo más relevante de una constitución dispersa es la Constitución inglesa que, erróneamente, es a veces calificada como constitución no escrita. En realidad, la Constitución de Inglaterra es parcialmente no escrita y parcialmente escrita.

Son varias las razones que condujeron a la mayoría de las organizaciones políticas globales a sancionar constituciones codificadas. Una de ellas, de raíz histórica, fue la necesidad de asegurar la exteriorización jurídica de una nueva idea política dominante en la sociedad, y ponerla de este modo a resguardo de sus adversarios.

Asimismo, cuando el surgimiento de aquellas organizaciones fue consecuencia de la unión operada entre sociedades políticamente independientes, se consideró que su perdurabilidad requería de un documento estable y fundamental a cuya luz pudieran ser fácilmente resueltas las controversias que se presentaran. Es así que en los Estados federales, como por ejemplo los Estados Unidos, Suiza, Argentina, Canadá y Australia, el nacimiento de la federación fue documentado en constituciones codificadas.

## 26. Constituciones rígidas, flexibles y pétreas

Otra clasificación de los textos constitucionales es la que distingue entre las constituciones rígidas, flexibles y pétreas. La diferencia entre ellas reside en el mayor o menor grado de dificultad para proceder a su reforma.

Constituciones rígidas son aquellas en las cuales está claramente expresada la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Su reforma solamente puede concretarse por obra de un órgano extraordinario y diferente al que tiene a su cargo el ejercicio de la función legislativa ordinaria, o mediante un procedimiento distinto y más complejo que el empleado por el órgano legislativo para la sanción de la legislación ordinaria. La casi totalidad de las constituciones modernas está incluida en esta categoría, como acontece con la Argentina.

Constituciones flexibles son aquellas donde no aparece expresada la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Los poderes se confunden en la práctica jurídica. La reforma de las constituciones flexibles es realizada por el órgano legislativo ordinario, para lo que se aplican los mismos procedimientos y formalidades que para la sanción de las leyes ordinarias. Esto no significa que todas las normas tengan carácter constitucional y supremo, sino solamente aquellas que reciban esa calidad del órgano legislador.

Junto a las constituciones rígidas y flexibles, existe una tercera categoría: las constituciones pétreas. Una constitución pétrea es aquella cuyas disposiciones no pueden ser reformadas jurídicamente, en cuyo caso la petrificación puede ser absoluta, relativa o temporal.

La petrificación es absoluta cuando está prohibida la reforma de la constitución en todas y cada una de sus partes. Se trata de una especie inexistente en la práctica y, de manifestarse, estaría destinada a sucumbir frente al dinamismo de la vida social. Su manifestación sólo sería viable en sociedades teocráticas donde el origen divino atribuido a las normas constitucionales tornara inaceptable su modificación por la acción humana.

## 27. Cláusulas pétreas

La petrificación es relativa cuando está prohibida la reforma de alguna o algunas cláusulas de la constitución. En tal sentido, el art. V de la Constitución de los Estados Unidos dispone que ningún Estado, sin su consentimiento, podrá ser privado de la igualdad de voto en el Senado. Por su parte, la Constitución de Francia de 1958 establece que la forma republicana de gobierno no podrá ser objeto de reforma constitucional (art. 89), en tanto la Constitución de Italia de 1947 prescribe que la forma republicana no puede ser revisada constitucionalmente (art. 139).

Cuando la petrificación es relativa, se suele hacer referencia a las cláusulas constitucionales pétreas, que pueden, a su vez, ser absolutas o relativas.

Cláusulas pétreas absolutas son aquellos contenidos constitucionales cuya reforma está prohibida. Toda modificación que se pretenda introducir a ellas será

manifiestamente nula, por alterar el compromiso político que otorga legalidad y legitimidad de origen al sistema político que estructura la constitución.

Cláusulas pétreas relativas, por su parte, son aquellas que prohíben su modificación total o parcial durante un lapso determinado, o hasta que se cumplan determinadas condiciones de carácter suspensivo a los fines de la reforma.

Las cláusulas pétreas, ya sean absolutas o relativas, son clasificadas en expresas y tácitas. Las primeras son aquellas en las que la prohibición de la reforma emana explícitamente del texto constitucional, en tanto las segundas están integradas por los principios y bases esenciales de la estructuración política, cuya modificación importará alterar los fundamentos históricos que motivaron su establecimiento.

La petrificación es temporal cuando está prohibida la reforma de la constitución durante un lapso determinado o hasta que se cumplan determinadas condiciones.

#### 28. Constituciones monárquicas y republicanas

Se trata de una clasificación forjada en el siglo XIX que se basa sobre la forma de gobierno impuesta por la constitución. La distinción respondió a una motivación política fruto de un proceso de transición de los sistemas transpersonalistas a los personalistas.

La paulatina sustitución de las monarquías por las repúblicas estaba acompañada por textos constitucionales en los cuales, y respecto de estas últimas, se hallaban más acentuadas las características del movimiento constitucionalista. Sin embargo, la desaparición de las monarquías absolutas y el surgimiento de monarquías constitucionales en las cuales se restringía sensiblemente la autoridad de la corona disiparon la utilidad que podía presentar esta clasificación.

En la actualidad, el carácter distintivo no reside en la forma de gobierno sino en el sistema político imperante. Entre las constituciones monárquicas europeas no existen diferencias sustanciales en orden a sus objetivos teleológicos con las constituciones republicanas vigentes en Francia, Italia o Alemania. En cambio, sí se presentan diferencias sustanciales entre aquellas constituciones monárquicas propias de los sistemas políticos democráticos y las de igual tipo que regulan el funcionamiento de ciertos regímenes monárquicos en África y Asia.

#### 29. Constituciones originarias y derivadas

Constitución originaria es aquella cuyos contenidos son novedosos, sin que aparezcan expuestos en otros textos constitucionales. Constituciones derivadas son las que se nutren de las cláusulas contenidas en otros documentos similares.

No conocemos constituciones que, en su totalidad, puedan ser calificadas como novedosas u originarias. Sí algunas de sus cláusulas, como las referentes al presidencialismo y a la forma federal para organizar la estructura estatal que contiene la Constitución de los Estados Unidos; o el gobierno de asamblea que consagraba la Constitución francesa de 1793.

Las constituciones son derivadas generalidad. Todas ellas han incorporado instituciones propias de otras formas constitucionales o de procesos políticos ajenos, aunque procuraron adecuarlas a las modalidades y realidad política locales.

También se suele denominar constitución originaria a la constitución fundacional. Es aquella que organiza a una nueva entidad política global y cuya perdurabilidad permite asignarle el carácter de constitución histórica. En esta categoría quedan incluidas, a título de ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la Constitución Argentina de 1853/60 y la Constitución del Reino de España de 1978.

#### 30. Constituciones personalistas, transpersonalistas y neutras

La diferencia entre las constituciones personalistas y las transpersonalistas reside en la finalidad de la norma fundamental al reflejar el propósito asignado a la organización política global.

Constituciones personalistas son aquellas que, en función de la idea política dominante, crean una estructura que, en última instancia, procura concretar la plena vigencia de la libertad y dignidad de las personas. Son aquellas que incorporan los principios generados por el movimiento constitucionalista.

Constituciones transpersonalistas son aquellas que, también en función de la idea política local dominante, imponen una organización para la cual, en la cúspide de la escala axiológica, no se encuentran la libertad y la dignidad de las personas, sino otros valores que se consideran superiores, tales como la grandeza de la nación o el Estado, la superioridad de una raza o clase social, la vigencia de una concepción religiosa, o la subordinación a una personalidad carismática. Son constituciones propias de los sistemas políticos autoritarios o autocráticos.

Las constituciones neutras son las que están desprovistas de un contenido ideológico. Se limitan a describir la conformación de la organización política global, al tiempo que carecen de toda referencia axiológica a los derechos fundamentales, tanto de índole individual o social como a la finalidad que tiene aquella.

#### 31. Constituciones normativas, nominales y semánticas

A través de un análisis ontológico constitucional, que en vez de estudiar la esencia y contenido de las constituciones concentra la investigación en verificar la concordancia entre las normas constitucionales y la realidad política, entre el orden constitucional y el orden político, a la luz de los grandes principios forjados por el movimiento constitucionalista, se arriba a la conclusión de que un texto constitucional no funciona necesariamente de la manera en que él mismo lo prescribe, sino de la forma en que los gobernantes y gobernados lo ponen en funcionamiento. La práctica constitucional puede o no coincidir con las disposiciones del texto constitucional.

Siguiendo este enfoque ontológico, las constituciones se clasifican en normativas, nominales y semánticas.

Una constitución normativa es aquella que refleja la finalidad del movimiento constitucionalista respecto de la concreción de la libertad y dignidad de las personas, mediante la instrumentación de los mecanismos de distribución y control del poder.

Pero, además de semejante estructuración formal, ella está integrada por un contenido sustancial que permite verificar que es efectivamente observada por gobernantes y gobernados, quienes adecuan sus comportamientos a los imperativos de las normas constitucionales.

Una constitución normativa no es aquella que simplemente tiene validez en un sentido jurídico, sino que además es cumplida lealmente, al forjar una unidad conceptual entre la norma y las conductas acordes con la vigencia de la libertad y dignidad del ser humano.

Una constitución nominal es aquella que, si bien su texto responde formalmente a los fines del movimiento constitucionalista, dista de ser cumplida fielmente en la práctica. Se trata de una constitución propia de aquellos sistemas políticos en transición entre la democracia y el autoritarismo.

Una constitución semántica es aquella cuya estructura y finalidad no responden a los requerimientos del movimiento constitucionalista, sino a una visión transpersonalista en la cual la libertad y dignidad del ser humano no son fines, sino medios para alcanzar objetivos considerados axiológicamente más trascendentes.

No es una constitución que se preocupe por controlar el ejercicio del poder y evitar sus abusos, sino que apunta a organizar la relación del poder político en la forma necesaria para consolidar a los detentadores del poder y a la idea transpersonalista que le sirve de guía.

Sus normas, al igual que las de una constitución normativa, se adecuan a la realidad y son plenamente aplicadas. Pero ontológicamente responden a motivaciones diametralmente opuestas.

### 32. Formulación e interpretación de las normas constitucionales

La técnica constitucional es el procedimiento racional que se utiliza para aplicar los principios resultantes del Derecho Constitucional con motivo de la redacción o interpretación de una ley fundamental. A pesar de tener su método e instrumentación, la técnica no constituye un fin, sino solamente un medio a través del cual el Derecho Constitucional es sustraído del ámbito de las abstracciones para proyectarse en la acción política y jurídica.

En tal sentido, la técnica constitucional, concebida como el manejo correcto de los medios que permiten alcanzar los fines resultantes de los estudios del Derecho Constitucional, es simultáneamente un arte político y un arte jurídico.

La técnica constitucional abarca dos procesos. Uno de ellos es la técnica para la formulación de las normas constitucionales. El otro es la técnica para su interpretación.

La primera se refiere a los mecanismos aplicables para la correcta elaboración y redacción de una constitución. La segunda alude a las reglas que deberán ser cumplidas con motivo de la aplicación de ese texto constitucional a un caso determinado, para precisar su alcance y significado.

Ambas técnicas revisten significativa importancia, la que lamentablemente no siempre ha sido debidamente comprendida. Una interpretación constitucional deficiente puede conducir al fracaso de la mejor de las constituciones.

De igual modo, la redacción incorrecta de un texto constitucional puede tornar inoperantes los más elevados propósitos que pudieron haber inspirado a los constituyentes.

### 33. Reglas para la formulación de las normas constitucionales

La formulación de la norma constitucional es el procedimiento intelectual por el cual el autor de una idea la exterioriza públicamente al insertarla en un texto normativo.

La conformación de una idea en materia constitucional es un proceso complejo basado en la experiencia, los conocimientos políticos y la proyección de sus contenidos sobre la vida social y política. Se desenvuelve en el ámbito cognoscitivo del autor hasta alcanzar cierta solidez que justifica su exteriorización.

Sin embargo, por más acertada que resulte la conformación de esa idea, su eficiencia práctica está condicionada a su correcta, clara y precisa formulación.

Las reglas para la formulación de las normas constitucionales pueden ser sistematizadas en las siguientes:

- 1) Finalidad.
- 2) Prudencia política.
- 3) Realismo.
- 4) Tradiciones y costumbres.
- 5) Estabilidad.
- 6) Flexibilidad.
- 7) Generalidad.
- 8) Lenguaje común.
- 9) Claridad.
- 10) Concisión.

### 34. Finalidad

Una constitución, además de ser un documento jurídico fundamental, es también un instrumento de gobierno y una carta que expresa los sentimientos, anhelos y valores de un pueblo, como símbolo de la unidad nacional política.

Toda constitución responde a una finalidad, en la medida en que toda sociedad se integra para alcanzar un objetivo determinado. La constitución se dicta para organizar jurídicamente a una sociedad política sobre la base de los elementos materiales y espirituales que determinan su nacimiento y desarrollo.

La polémica acerca de si una constitución debe recoger y garantizar todos los intereses puntuales de la sociedad o si, por el contrario, debe contener solamente los principios básicos y remitir a la legislación ordinaria la regulación de sus detalles, es resuelta a favor de la segunda de estas posturas. Si una constitución carece de finalidad, si ella no coincide con la finalidad de la sociedad, si no está expresada con claridad o si resulta difícil de entender debido a la complejidad y extensión del texto constitucional, será un documento carente de idoneidad para asumir el rol de instrumento de gobierno y símbolo de unidad nacional.

Sin mengua de la libertad y dignidad de las personas, expuestas como finalidad de la Constitución federal en su Preámbulo, una muestra de cómo se debe alcanzar ese objetivo está desarrollada en el art. 75, inc. 18, de la Ley Fundamental.

### 35. Prudencia

La prudencia es quizás la virtud que resume todas las condiciones que debe reunir el constituyente para abordar eficazmente su delicada misión. Es, en efecto, la virtud política que le permite observar, conocer y decidir en función del bien común de la sociedad.

La prudencia está integrada por tres elementos: la capacidad para obtener información, la aptitud de reflexionar formulando juicios de conocimiento y el don de distinguir las características y proyecciones de una solución antes de decidir.

La prudencia política, que importa descartar las conductas precipitadas, inconstantes y carentes de consideración, revela que no es suficiente que el constituyente esté impregnado de profundos conocimientos doctrinarios y científicos. También es necesario que posea la virtud de la prudencia, que le permitirá depurar esos conocimientos con relación a las necesidades y posibilidades de la sociedad, y hacer efectivo en el caso concreto el arte de lo posible sin claudicar ante la fascinación que a veces ejercen las utopías, las modas y el esnobismo.

La prudencia, como el arte de lo posible, impulsó a los constituyentes a redactar el art. 1° de la Constitución sin añadir definiciones o descripciones que pudieran colisionar con algunos matices de la idea política dominante en la sociedad. Dispone que "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución".

También fueron prudentes los autores de la Constitución cuando, al redactar su art. 45, se abstuvieron de establecer un sistema electoral determinado y se limitaron a imponer la elección directa y por simple pluralidad de votos a los diputados, y la división del territorio nacional en distritos electorales.

Otro tanto cuando, tras enunciar una serie de derechos y garantías en los arts. 14, 14 nuevo, 15, 16, 17, 18, 19 y 20, destacaron que el reconocimiento constitucional se extendía a los derechos y garantías en estado embrionario conforme a una interpretación dinámica del art. 33.

### 36. Realismo

La subsistencia y eficacia de una constitución están condicionadas a que ella responda lo más fielmente posible a la realidad política, social, económica, cultural e histórica del pueblo. Debe ser expresión, lo más exacta posible, de la situación real del país, tanto de la proyección vigente de su pasado como de su presente y futuro.

Las constituciones, en un sistema democrático constitucional, y como consecuencia del pluralismo imperante, son siempre el resultado de compromisos que integran armónicamente las distintas necesidades e intereses de sus habitantes, procurando no contrariar el espíritu del pueblo ni sus legítimas tradiciones. Las constituciones deben ser hechas de conformidad a los pueblos y no pretender que éstos se amolden a aquéllas.

En carta que le escribiera San Martín a O'Higgins en 1833, aquél destacaba: "Yo estoy firmemente convencido de que los males que afligen a los nuevos Estados de América no dependen tanto de sus habitantes como de las constituciones que los rigen. Si los que se llaman legisladores de América hubieran tenido presente que a los pueblos no se les debe dar las mejores leyes pero sí las mejores que sean apropiadas a su carácter, la situación de nuestro país sería bien diferente".

El ideal en esta materia no consiste en dotar a un pueblo de una constitución teóricamente perfecta, sino de una constitución realmente posible. Ello requiere que el constituyente tenga las aptitudes de un verdadero estadista más que las de un científico, aunque la investigación y los conocimientos teóricos son elementos sumamente útiles para perfeccionar su labor.

Si una constitución no es la manifestación de los factores reales del poder, se opera una tajante separación entre el deber ser normativo y la práctica institucional, lo que conduce indefectiblemente al desconocimiento y a la inaplicabilidad de la constitución, así como a su falta de vigencia real por carecer de legitimidad.

Esto no significa que necesariamente el texto constitucional deba estar a la zaga de los hechos. El realismo constitucional no reside simplemente en el afán de traducir los hechos en normas, ya que las constituciones también deben receptar los ideales que apuntalan el comportamiento social en busca de una síntesis realista entre los hechos del presente y los ideales de la sociedad que, como tales, muchas veces no se concretan aunque sigan teniendo vigencia axiológica como idea política dominante.

Una cláusula realista, forjada por la experiencia y la sangre derramada en el curso de los cruentos enfrentamientos internos que cubrieron varias décadas de nuestra historia política, es la contenida en el art. 22 de la Constitución. Establece que "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".

A una visión realista también responde la cláusula residual del art. 33 cuando establece que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

El realismo constitucional es incompatible con el cientificismo constitucional que, cuando no conduce a un proceso de desconstitucionalización, es el manto que maliciosamente encubre maniobras políticas destinadas a satisfacer las ambiciones de algún individuo o sector social.

### 37. Tradiciones y costumbres

En la tarea constituyente es necesario conocer los intereses de la comunidad, el concepto de bien común a la luz de la idea política dominante y la interpretación de los sentimientos que congregan a una nación, así como saber proyectarlos, con palabras fácilmente entendibles, en un texto constitucional.

La eficacia de una constitución determina que ella no pueda oponerse al espíritu, forma de ser, tradiciones y costumbres de un país que, en conjunto, conforman su tipificación cultural. Tales valores deben estar equilibrados con los intereses legítimos de los más diversos grupos sociales de manera tal que, armónicamente, se puedan alcanzar los grandes objetivos que motivaron la sanción de la constitución sin alterar el estilo de vida de un pueblo.

Pretender establecer un sistema constitucional basado exclusivamente sobre los dictados de la razón y la experiencia es un camino que puede conducir al fracaso constitucional si no se atiende debidamente la naturaleza y particular disposición del pueblo. El enfoque racional normativo, en su versión más pura, no es recomendable.

El análisis, conocimiento y aceptación de la constitución histórica le permiten al constituyente distinguir las circunstancias excepcionales del presente, que como tales son esencialmente transitorias, de aquellas que subsisten permanentemente en una sociedad y caracterizan sociológicamente al pueblo con cualidades propias que lo diferencian de otras unidades humanas.

### 38. Estabilidad

A diferencia de las leyes ordinarias, que están normalmente destinadas, en sus contenidos, a satisfacer las necesidades transitorias del momento, las constituciones son programas de gobierno y de vida para una sociedad, que se sancionan con el propósito de tener una duración ilimitada. En ellas, el constituyente debe volcar los aspectos fundamentales de la sociedad y procurar garantizar su perdurabilidad.

Por tratarse, precisamente, de conceptos básicos y elementales que reflejen una idea política dominante, el constituyente deberá procurar que su perdurabilidad fáctica se traduzca en la estabilidad jurídica.

Es cierto que no existe una obra humana perfecta y que ella podrá ser siempre mejorada; pero, sin desconocer esa realidad, el constituyente debe volcar todo su esfuerzo para que su labor sea de una calidad tal que, al menos teóricamente, quepa la posibilidad de afirmar su condición de inmutable.

La permanencia o estabilidad de una constitución es un atributo fundamental de ella, ya que su falta de perdurabilidad le restará idoneidad para cumplir con su misión ordenadora, la privará de legitimidad y, consecuentemente, de su carácter de símbolo de la unidad nacional.

Uno de los errores más frecuentes, quizás consecuencia de la ansiedad o de la soberbia política que descalifica toda obra de las generaciones anteriores, reside en creer que una constitución debe ser objeto de permanentes reformas para reflejar las transitorias realidades del momento. Ello importa establecer una constitución sociológica que, como tal, está desprovista de una meta a mediano y largo plazo.

En muchas oportunidades escuchamos voces que, con una cuota significativa de puerilidad, propiciaron y propician la reforma de nuestra Ley Fundamental debido a que, como no preveía expresamente ciertas instituciones insertadas en las constituciones europeas, merecía ser calificada como una constitución de la "época de las carretas". Es una norma antigua, y como tal, su reemplazo se impone para estar en la avanzada del esnobismo constitucional. No interesa si el texto constitucional es bueno o malo, no interesa si la interpretación del texto constitucional permite regular legislativamente aquellas instituciones novedosas. Lo importante es estar integrado a la moda política y constitucional como si se tratara de un traje, una corbata, un peinado o un estilo de comunicación.

Una constitución no puede ser inmutable o pétrea pero, para poseer la estabilidad que acarrea seguridad jurídica, solamente debe ser reformada cuando los hechos revelan que ello es absolutamente indispensable para satisfacer las intensas necesidades sociales en función del bien común.

Mitre explicaba que "una Constitución no es un juego de niños, no es cosa que se pueda andar variando todos los días, sin dar tiempo a las instituciones a que echen raíces profundas en la sociedad. Por el contrario, debe dejarse que el tiempo las consagre, las radique y que les dé toda la solidez y respetabilidad que desde el primer día no pueden tener, y que sólo el tiempo y la educación constitucional pueden darles".

La estabilidad de las constituciones es una idea estrechamente asociada con la concepción moderna del constitucionalismo y con sus formas escritas y codificadas de expresión. Una constitución como acto fundacional de la organización política global, así como toda reforma a su contenido, debe ser redactada con el

convencimiento de que estará permanentemente vigente, lo cual dota de esta bilidad al sistema político.

Los más activos reformistas una vez alcanzados sus objetivos eran los más activos partidarios de la inmutabilidad jurídica o institucional. Así, Platón arribó a la conclusión de que la polis representaba la perfección en la organización política bajo el gobierno de los sabios; para Hegel el proceso dialéctico histórico concluía con la monarquía prusiana; para Marx, ese proceso dialéctico desembocaba en una sociedad definitiva sin clases; para Cromwell, su Instrument of government era tan inalterable como la Carta Magna. No compartimos la visión de la inmutabilidad, pero sí la necesidad de producir la estabilidad que no llega al extremo de la anterior.

Juan Bautista Alberdi escribía que "El gran arte del gobierno, como decía Platón, es el arte de hacer amar a los pueblos la Constitución y las leyes. Para que los pueblos la amen es menester que la vean rodeada de prestigio y esplendor. El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación". Y agregaba: "Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución".

### 39. Flexibilidad

Toda constitución es, esencialmente, un instrumento perdurable dictado para regir durante un lapso indeterminado. Su redacción debe permitir que en el curso del tiempo pueda desarrollarse y adecuarse a los requerimientos fundamentales de la sociedad, merced a un contenido flexible que no se oponga al razonable dinamismo político y social.

A tal efecto, las normas constitucionales tienen que ser flexibles para que sus contenidos genéricos puedan albergar las necesidades imprevisibles del futuro. Si las normas son rígidas e inflexibles en aspectos que no están encaminados a concretar los grandes principios de la organización política, el texto constitucional carecerá de la ductilidad indispensable para adecuarse, mediante la interpretación, a las nuevas e intensas necesidades sociales.

La flexibilidad se opone a la petrificación. Pero ella tampoco equivale a la mutabilidad constitucional. Es, simplemente, la condición indispensable para que una ley fundamental pueda perdurar y, simultáneamente, cubrir las necesidades gestadas por el dinamismo social, con garantía de la seguridad jurídica.

La constitución flexible en su redacción es aquella que puede ser adecuada a las nuevas condiciones y requerimientos sin experimentar modificaciones. De modo que, en rigor, cuanto más acertadamente flexible sea una constitución, más innecesaria y superflua será su reforma.

Un ejemplo de flexibilidad se encuentra en el art. 45 de la Constitución. Dispone que "La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se considerarán a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios...". Los constituyentes no incurrieron en el error de establecer un determinado sistema electoral, sino que se limitaron a fijar ciertos presupuestos básicos que debe presentar el régimen que, a tal efecto, disponga el Congreso.

### 40. Generalidad

Estrechamente relacionado con la regla anterior se presenta el principio de la generalidad de las normas constitucionales.

Las normas constitucionales deben ser genéricas y el constituyente debe procurar englobar en ellas la mayor cantidad de hipótesis fácticas posibles. Una constitución no puede ocuparse de los detalles, sino de los grandes principios en los cuales se desarrollan aquéllos. Caso contrario, la norma fundamental será superada por los hechos sociales y políticos, lo cual desembocará en la necesidad de su reforma, con la consiguiente lesión a la regla de la perdurabilidad y de la seguridad jurídica.

Una constitución solamente debe establecer los fines de la sociedad y los instrumentos para alcanzarlos. Tiene que limitarse a contener los grandes principios generales, cuya proyección y adecuación a los datos de la realidad incumbe al legislador a través de las leyes reglamentarias.

La aceptación de semejante realidad permite constatar que configura un grave error de técnica constitucional el pretender incorporar a las constituciones, revistiéndolas de carácter fundamental, todas aquellas materias esencialmente mutables y secundarias que deben ser precisadas por el legislador común.

A esa técnica constitucional se suele acudir como consecuencia de los procesos parciales o totales de desconstitucionalización gestados por ciertos gobiernos. Pero no se advierte que, cuando no existe una voluntad auténtica de resguardar el sistema constitucional, las normas jurídicas serán ineficientes para preservarlo.

Los arts. 14, 17, 18 y 19 de la Constitución, entre otros, reflejan la técnica de la generalidad. La Ley Fundamental enuncia una serie de derechos y garantías, sin precisarlos en detalle. Tal función se otorga al Congreso con el límite impuesto por el art. 28, y sin perjuicio de la cláusula residual del art. 33 que concede jerarquía constitucional a una cantidad indeterminada de derechos y garantías relacionados con la libertad y dignidad del ser humano.

### 41. Lenguaje común

Al redactar una constitución, el constituyente debe recordar que el lenguaje posibilita la comunicación y el entendimiento entre los hombres. No solamente entre los hombres especializados en el Derecho Constitucional, sino también entre todos aquellos que carecen de capacidad científica en esta materia. La constitución

rige para todos los habitantes de un país, de manera que su texto debe ser comprensible para ellos.

Esto impone la redacción de las constituciones con empleo del lenguaje común. Las constituciones no se dictan sólo para los especialistas, sino para todo el pueblo. Por tal razón, es necesario utilizar el lenguaje de ese pueblo y evitar, en la medida de lo posible, el empleo de vocablos técnicos y científicos.

Tanto en la ciencia política como en el Derecho Constitucional se ha desarrollado un lenguaje técnico que incluye una terminología especializada y fácilmente comprensible para los especialistas. Sin embargo, no es ese el lenguaje que debe presidir la redacción de un texto constitucional. Si ese lenguaje carece de aceptación general, deberá ser sustituido por aquel que utiliza el ciudadano común y que el constituyente no puede desconocer.

En el lenguaje constitucional, por otra parte, al considerar la generalidad y flexibilidad que deben caracterizar a las normas fundamentales, no solamente tienen relevancia las palabras, sino también los silencios. Así como las palabras tienen un sentido que deberá ser el que les atribuye el hombre común, otro tanto acontece con los silencios que, a través de una interpretación sistemática, deben expresar soluciones y caminos a seguir para la cabal comprensión del texto constitucional.

El lenguaje común impera en casi todo el texto constitucional formulado en 1853/60. Su lectura y comprensión no ofrecen dificultades, pese a que fue sancionada ya hace más de ciento cincuenta años.

Por otra parte, y tal como lo advierte Linares Quintana, en las reformas parciales de una constitución se debe mantener la uniformidad de estilo. De lo contrario, las modificaciones o innovaciones "aparecerán a simple vista como verdaderos remiendos, cuya inconveniencia surge no sólo desde el punto de vista de la estilística constitucional, sino también como defecto de fondo susceptible de oscurecer la interpretación del texto supremo".

#### 42. Claridad

El texto de la ley fundamental y las palabras empleadas en su redacción deben ser sencillos, tomados en su sentido popular y fácilmente entendibles. Pero ese texto y esas palabras también deberán ser muy claros, de manera de informar sobre sus contenidos y finalidades sin ningún ocultamiento, y sin generar dudas en el receptor.

La claridad expositiva presupone la claridad de las ideas que se desean transmitir por medio del lenguaje. Cuando las ideas del legislador no son claras, difícilmente podrá transmitir su mensaje evitando las expresiones confusas, incoherentes, declamatorias o ambiguas. Esa claridad importa desechar la fraseología, e inclusive la prosa literaria cuando ella no es conducente para facilitar la comprensión del texto constitucional.

Una constitución no es una obra teórica o de valor literario, sino esencialmente práctica, y esa practicidad está condicionada a la claridad de las ideas del constituyente y a su habilidad para expresarse en un lenguaje llano y claro que disipe toda posibilidad de duda razonable en la determinación del significado del mensaje.

La rigurosa aplicación de esta regla evita las tan frecuentes explicaciones contenidas en las leyes y la cita de ejemplos en los textos normativos, las cláusulas oscuras y las palabras intrascendentes, todo lo cual resiente sensiblemente la eficacia práctica de una constitución. La regla indica que el constituyente debe evitar el empleo incorrecto de las palabras, el uso de las palabras superfluas y el uso deficiente o la omisión de los signos de puntuación que correspondan, porque todo ello contribuye a oscurecer el significado de una constitución y a generar conflictos innecesarios con motivo de su aplicación.

#### 43. Concisión

La concisión de una constitución significa que ella debe ser precisa y breve. En su redacción se debe emplear la menor cantidad de palabras posible para expresar una idea, aunque la aplicación de esta técnica resienta la calidad literaria del texto constitucional.

La concisión es el arte de expresar las ideas con las palabras justas y adecuadas. En materia constitucional, y en general en materia legislativa, la concisión es enemiga del preciosismo literario y de la moda. Una constitución no se sanciona para ser sometida a un examen de estilo literario, sino para que pueda ser conocida y comprendida por el pueblo a los fines de su cumplimiento práctico. Tal circunstancia impone la concisión, porque una constitución extensa, además de tornar compleja su comprensión para el hombre común, es pasible de generar mayores inconvenientes interpretativos y necesidades de reforma que afecten su estabilidad.

Linares Quintana dice que "La concisión en el lenguaje constitucional resulta una consecuencia necesaria e inevitable de la propia naturaleza de la Ley Suprema. Corresponde señalar en la historia constitucional latinoamericana numerosos ejemplos de falta de concisión en el lenguaje de las constituciones. Pareciera que los constituyentes generalmente confiaran más en la extensión y prolijidad del texto constitucional que en su claridad, brevedad y concisión".

La concisión que se advierte en la Constitución Nacional determina que sea una de las constituciones más precisas y breves vigentes en el mundo contemporáneo. Técnica que lamentablemente ha sido desconocida por los constituyentes provinciales, que forjaron extensos y engorrosos textos constitucionales difíciles de comprender y de conocer por los pueblos a los cuales se destinan.

#### 44. Reglas para la interpretación de las normas constitucionales

La interpretación constitucional es el arte de aplicar los principios que formula la hermenéutica constitucional, para desentrañar el significado de una cláusula

constitucional o los alcances que cabe atribuir a una norma jurídica reglamentaria de la Ley Fundamental.

Se trata de dos conceptos que definen realidades diferentes. La hermenéutica es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos, mientras que la interpretación es la aplicación técnica de los principios que emanan de la teoría científica. La interpretación es el arte de la ciencia hermenéutica.

Como técnica, la interpretación es una actividad intelectual encaminada a determinar el significado de una norma jurídica y, en nuestro caso, de una norma constitucional, o de una norma reglamentaria de ella para verificar su constitucionalidad.

Por tratarse de una técnica mediante la cual se establece el alcance de una norma dentro del conjunto que representa el sistema jurídico, la interpretación requiere que quien acuda a ella tenga la suficiente habilidad y prudencia para evitar la desnaturalización de los principios expuestos por la hermenéutica constitucional. El arte de interpretar, si bien impone cierta cuota de inteligencia en el intérprete, exige un grado aun mayor de habilidad y prudencia.

La importancia que reviste la interpretación se refleja en varias cláusulas constitucionales que establecen principios hermenéuticos. Así, el art. 28 de la Constitución Nacional, cuando prescribe que "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", establece un límite a los fines de la interpretación que corresponde asignar a esas normas reglamentarias.

Igual significado tiene el art. 33 de la Ley Fundamental al disponer que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Finalmente, cabe mencionar al art. 75, inc. 22, que tras atribuir jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos, la condiciona a que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Las particularidades de la interpretación constitucional han conducido a sistematizar algunos de los procedimientos y reglas aplicables en este ámbito.

Así, algunos autores distinguen la interpretación de la integración y la construcción, que son presentados como mecanismos independientes.

Con respecto a los procedimientos de interpretación, se suele distinguir a las formas interpretativas en literal, extensiva y restrictiva, y, en función de la fuente de donde provienen, en auténtica, judicial y doctrinaria.

A su vez, en la interpretación jurisprudencial se distinguen la interpretación mecánica o automática, la libre decisión legal y la interpretación realista o experimental.

#### 45. Interpretación, integración y construcción

En el ámbito del derecho público, y especialmente en el Derecho Constitucional, el arte de la interpretación engloba tres mecanismos: la interpretación sujeta a un enfoque restrictivo, la integración y la construcción.

La interpretación, con un alcance limitado, es el procedimiento consistente en determinar el significado de una norma en la cual está comprendida una situación de hecho o de derecho. En tal caso, la labor del intérprete se circunscribe a precisar ese significado mediante el análisis del lenguaje empleado para la redacción de la norma. En la norma constitucional está prevista la hipótesis jurídica o fáctica cuyo alcance o validez se procura definir en función de un enfoque gramatical de aquélla.

La integración, como mecanismo independiente de la interpretación restringida, presupone la inexistencia de una norma que regule, de manera específica, la situación de hecho o de derecho que se plantea, y la consecuente necesidad de crear una norma que cubra ese vacío o laguna constitucional, en virtud de recurrir a un enfoque histórico, pragmático o axiológico.

Consideramos que la integración no es un mecanismo independiente de la interpretación concebida en un sentido amplio. Si se tienen en cuenta las limitaciones que presenta la creatividad humana, es prácticamente imposible que una Ley Fundamental pueda prever explícitamente todas las situaciones de hecho y derecho que se presentan en la convivencia social. Pero eso no significa que ellas queden al margen de la Constitución. Ya sea por vía analógica, o mediante una interpretación sistemática, o dinámica, o teleológica de las cláusulas constitucionales, siempre el intérprete podrá hallar una solución sin apartarse de la Ley Fundamental. En su momento, la aeronavegación y el ejercicio de la libertad de expresión por medios distintos a los gráficos, fueron situaciones que encontraron una acabada cobertura en el marco de la Constitución, sin acudir a un proceso de integración.

Otro tanto acontece con las lagunas axiológicas. Su determinación solamente puede ser efectuada en función de los valores dominantes en la sociedad donde rige una constitución. Para una visión personalista, imperante en las democracias constitucionales, pueden resultar injustas las cláusulas fundamentales contenidas en una constitución autoritaria que disfruta de legitimidad en un régimen transpersonalista. Pero, para la concepción vigente en ese régimen, tales cláusulas no serán injustas y no se producirá la laguna axiológica. Y, si llegaran a ser consideradas injustas con su consecuente incumplimiento, no habrá un proceso de integración sino de desconstitucionalización de un régimen autocrático, en un curso de transición hacia un sistema democrático constitucional o de una nueva autocracia.

La construcción, como categoría independiente de la interpretación, fue forjada en el derecho angloamericano. La interpretación consistiría en descubrir el significado empleado para redactar una norma. En cambio, la construcción sería el arte de explicar cuál fue la intención de los autores de la norma, cuando su aplicación a un caso determinado resulta dudosa. La interpretación es el arte de desentrañar el significado atribuido al lenguaje por los autores de una norma, mientras que la construcción es el arte de explicar el sentido y la intención de los autores de la norma con referencia a su aplicación a un caso concreto cuando esa intención resulta dudosa debido a la existencia de disposiciones aparentemente contradictorias, o porque el caso no está explícitamente previsto en esa norma.

Entendemos que los mecanismos de integración y de construcción forman parte del arte de la interpretación. No son categorías independientes, pues los contenidos que les fueron atribuidos doctrinariamente conforman el concepto amplio de la interpretación forjado por la ciencia hermenéutica, tal como resulta de las reglas principales y complementarias del arte de la interpretación.

#### 46. Interpretación literal, extensiva y restrictiva

La interpretación literal consiste en desentrañar de manera uniforme el significado gramatical de las palabras empleadas en el texto de la norma y en respetar ese significado sin restringir ni ampliar su alcance.

La interpretación literal o gramatical, que no debe ser confundida con la regla semántica de interpretación constitucional, puede ser objeto de dos enfoques diferentes. Uno de ellos consiste en asignar a las palabras el sentido que tenían al tiempo de ser incorporadas al texto constitucional. El restante le atribuye el significado que tienen al momento de la interpretación. Asimismo, en ambos casos, se puede hacer referencia al significado técnico o vulgar de los vocablos.

La interpretación literal es la menos recomendable en materia constitucional. Los excesos a que conduce su aplicación pueden desembocar en soluciones manifiestamente irrazonables, y hasta contradictorias con el texto constitucional.

La interpretación extensiva consiste en proyectar las disposiciones de una norma constitucional a casos que, aparentemente, no están previstos por ella, pero que pueden razonablemente quedar incorporados a la norma. Su empleo es frecuente cuando se acude a la regla dinámica o progresista de interpretación.

Los principios constitucionales que emergen de una interpretación extensiva, tales como *in dubio pro constitutio* e *in dubio pro libertate*, son generalmente consecuencia de la flexibilidad y amplitud de las leyes fundamentales. De todas maneras, la interpretación extensiva no puede conducir al desconocimiento de las palabras constitucionales ni a la desnaturalización de los principios expuestos en la norma fundamental.

La interpretación restrictiva consiste en reducir el alcance de una norma, cuando su significado literal no permite razonablemente extenderlo a determinadas hipótesis ni, frente a otras, mantener siquiera el significado atribuido para los

casos específicos que prevé. Tal es lo que acontece con las excepciones, privilegios y prerrogativas establecidos expresamente en el texto constitucional que, por tratarse de limitaciones circunstanciales impuestas al principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

El carácter circunstancial y restrictivo de las excepciones y privilegios surge claramente del art. 75, inc. 18, de la Constitución. Esta disposición, que refleja la naturaleza progresista del mensaje constitucional, establece que las concesiones de privilegios y recompensas de estímulo para fomentar el desarrollo material y espiritual de la población deben ser temporales.

#### 47. Interpretación auténtica, judicial y doctrinaria

Recibe el nombre de interpretación auténtica la que es realizada por el mismo órgano que sancionó la norma jurídica, mediante un nuevo acto que aclara con efecto retroactivo el significado de aquel que se interpreta.

La norma interpretativa no regula de manera diferente las situaciones contempladas por la norma interpretada, sino que se limita a precisar el significado de esta última a partir del mismo momento en que fue sancionada. No altera las relaciones jurídicas preexistentes y consolidadas a la luz de una errónea interpretación, sino que se limita a destacar el sentido que deberá tener la norma originaria.

El autor de una norma no es una persona física, sino el órgano que ésta integra, de modo que la interpretación auténtica es la que proviene de ese órgano, sin que interesen las personas físicas que lo conforman, o aunque no exista identidad entre las personas que lo integraban al ser sancionada la norma originaria y las que lo constituyen al dictar la norma interpretativa.

La interpretación auténtica debe emanar del mismo órgano que emitió la norma interpretada y debe ser realizada por un acto de igual naturaleza. Así, el Congreso puede reconsiderar sus propias leyes para interpretarlas mediante otra ley sancionada a fin de determinar o precisar el alcance, sentido o propósito de aquéllas. En tal caso no ejerce una función jurisdiccional de carácter general, sino una función legislativa de índole interpretativa. La nueva norma no es creativa sino meramente aclarativa y se integra a la que motivó su sanción.

En tal sentido y desde lejana data, la Corte Suprema de Justicia destacó que no corresponde acudir a los antecedentes congresuales del debate sobre una ley para fijar el alcance de sus disposiciones cuando éstas son claras, así como tampoco las palabras vertidas para darle fundamento porque son simples manifestaciones individuales que tr aducen opiniones no necesariamente receptadas en el espíritu de la norma legal<sup>(1)</sup>. Aunque también tiene dicho que las opiniones expuestas en las Cámaras legislativas por los miembros informantes durante la consideración de los proyectos de leyes pueden ser fuentes de interpretación auténtica<sup>(2)</sup>.

La interpretación jurisprudencial es la que efectúan los jueces cuando, con motivo del ejercicio específico de sus funciones, determinan el significado que corresponde asignar a una norma en su aplicación a un caso determinado.

La polémica acerca de la potestad creadora del derecho que tendrían los jueces en el acto de juzgar debe ser resuelta en forma negativa dentro de un sistema constitucional que prevé la división de las funciones del poder y establece límites al accionar de cada uno de sus órganos. Los jueces no crean derecho, sino que lo aplican a los casos funcionalmente sometidos a su consideración. Tal es el rol de los magistrados judiciales en un Estado de Derecho. Interpretar la ley, determinando su significado y alcance. Cuando los jueces interpretan una ley con el propósito de relacionarla al caso concreto en que será aplicada, no crean una norma legal, sino que se limitan a desentrañar el significado de la norma interpretada y preexistente.

La Corte Suprema de Justicia forjó una doctrina jurisprudencial sobre los alcances de la interpretación judicial y sus límites. Así, destacó que la interpretación judicial, junto con la ley, integra una realidad jurídica. No se trata de una nueva ley, sino de la ley interpretada conforme a sus fines y a los emanados de la Constitución y que, aunque las leyes se consideren subjetivamente desactualizadas en su comparación con las normas vigentes en otros países, los jueces no pueden soslayar las normas locales si ellas tienen validez constitucional, porque la invocación sobre las materias regladas por las leyes es una función que incumbe a los órganos legislativo y ejecutivo del gobierno(3) .

La Corte Suprema sostuvo que existe un especial deber de acatamiento cuando se trata de pronunciamientos emanados de ella, porque es suprema en el ejercicio de su competencia, al tiempo que sus decisiones son de cumplimiento inexcusable; que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para todo el país y que esa interpretación tiene supremacía tanto moral como institucional(4) .

Dentro de la interpretación jurisprudencial, se distinguen tres tendencias: la interpretación mecánica o automática, la libre decisión legal o interpretación libre y la interpretación realista o experimental.

La interpretación mecánica atribuye a los jueces una función automática, consistente en expresar en sus sentencias la letra de la ley. A través de un proceso lógico y desprovisto de factores subjetivos, forjados por las ideas sociales, políticas, económicas y éticas, el juez debe precisar los hechos del caso concreto, clasificarlos conforme a categorías legales predeterminadas, elegir la regla aplicable al caso y adoptar una decisión consecuente.

La libre decisión legal o interpretación libre se basa en la actividad creadora de los jueces para afianzar el ideal de justicia. La interpretación de las leyes no debe ser efectuada en consideración a la intención que pudo haber tenido el legislador, sino a través del sentimiento de justicia del juez y de su adecuación al caso concreto. Los jueces no deben limitar su actividad a la simple aplicación del texto objetivo de la ley, sino fundamentalmente a imponer las soluciones justas que emanan de una

interpretación racional de la norma jurídica para dirimir las controversias que les son sometidas.

La interpretación realista experimental es similar a la anterior, aunque mucho más amplia. Al concebir el derecho como resultado de las fuerzas sociales, sus partidarios sostienen que las variaciones sociales son mucho más rápidas que las legales y que es misión del juez adecuarse a aquéllas al emitir las decisiones judiciales. Al sentenciar, los jueces deben determinar la solución que mejor se compadece con las necesidades y requerimientos de la sociedad, y luego buscar los fundamentos normativos para su decisión.

Pero tanto en la interpretación libre, como en la realista, el juez no puede llegar al extremo de atribuir a la ley un significado que no tiene. Debe adecuarla al caso, pero sin desconocerla, a menos que la considere inconstitucional.

La interpretación doctrinaria o científica es la que proviene sustancialmente de los juristas. A pesar de su gravitación indirecta, ella reviste particular importancia por la autoridad y capacidad científica de sus autores, que les permiten desarrollar su labor interpretativa al margen de las presiones resultantes de los intereses individuales o sociales que, en cambio, sí pueden condicionar a una interpretación auténtica o jurisprudencial.

#### 48. Reglas de interpretación constitucional

La complejidad e importancia que presenta la interpretación constitucional imponen la necesidad de sistematizar los procedimientos o reglas que se deben seguir para abordar exitosamente semejante tarea.

Las reglas aplicables en materia de interpretación constitucional pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- 1) Interpretación teleológica o finalista.
- 2) Interpretación semántica.
- 3) Interpretación sistemática.
- 4) Interpretación dinámica o progresista.
- 5) Reglas complementarias de interpretación.

A su vez, entre estas últimas, es posible distinguir:

- A) La razonabilidad.
- B) Interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios.
- C) Presunción de constitucionalidad de los actos públicos.
- D) In dubio pro libertate .

Si nos ajustamos a un criterio científico, en cada caso concreto el intérprete deberá aplicar las cuatro primeras reglas. Si, como consecuencia de ello, se arriba a un

resultado uniforme, no habrá dudas sobre que ese resultado refleja la fiel interpretación de la norma.

Sin embargo, es posible que no se presente esa uniformidad en las conclusiones. En tal caso, el intérprete deberá tener la habilidad intelectual suficiente como para, con la ayuda de las reglas complementarias de interpretación, decidir cuál es el criterio que mejor se adecua a los hechos, y cuál o cuáles son las reglas idóneas para arribar a esa interpretación fiel de la norma.

Esta línea de pensamiento se adecua a la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia cuando destacó que "el control de constitucionalidad de las leyes que compete a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta manera negativa de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra y el espíritu de aquéllas lo permita"(5) .

Entre las reglas de interpretación no incluimos el enfoque histórico, que se traduce en la determinación de la constitución histórica.

Entendemos que el enfoque histórico no puede ser considerado en forma aislada sino que debe estar presente en cada una de las reglas principales y complementarias de interpretación constitucional.

La aplicación de cualquiera de ellas se debe nutrir con el enfoque histórico, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia al decidir el célebre caso "Bressani": "el mayor valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación"(6).

#### 49. Interpretación teleológica o finalista

Toda constitución consagra jurídicamente una finalidad que es, en definitiva, la idea política dominante en la sociedad que determina su creación y funcionamiento. Así como no es concebible una sociedad desprovista de fines, tampoco lo es un texto constitucional carente de objetivos que reflejen a aquéllos.

Como la constitución no es simplemente un documento jurídico, sino también un instrumento de gobierno y un símbolo de la unidad nacional, la labor del intérprete estará destinada al fracaso si no es precedida por un cabal conocimiento de los motivos políticos y sociales que la inspiran que, en definitiva, están integrados en la constitución histórica.

La función del intérprete de la ley fundamental no es la de opinar sobre la bondad, conveniencia u oportunidad de los preceptos constitucionales. Esa es una función propia del comentarista de una constitución. La función del intérprete es la de desentrañar el significado de la norma constitucional, con prescindencia de todo juicio acerca de sus virtudes o defectos. Asimismo, y al margen de los juicios subjetivos que le pueda merecer la norma constitucional, su intérprete debe conocer y respetar lealmente los fines que la motivan, recordando que la constitución está asentada sobre una idea política motriz que caracteriza a la organización política y a la estructuración social.

La finalidad de toda constitución democrática generada por el movimiento constitucionalista reside en limitar y controlar el poder en salvaguarda de la libertad, la dignidad y el progreso del ser humano. Todas las instituciones constitucionales responden a esa finalidad, de modo que su interpretación debe ser realizada de la manera más eficiente posible para garantizar la plena vigencia de la libertad, la dignidad y el progreso de las personas, tanto en un marco individual como en un plano social.

El análisis de la Constitución Nacional, y particularmente de su Preámbulo, permite conocer su contenido teleológico. El Preámbulo es una introducción al texto constitucional que no forma parte de él, y por tal razón no es fuente de poder ni instrumento jurídicamente regulador de la convivencia social. Pero es un elemento fundamental para la interpretación teleológica, al expresar con meridiana claridad los fines que inspiraron la sanción del texto constitucional y los grandes objetivos de la sociedad que éste organiza políticamente.

Así, la Corte Suprema de Justicia destacó que la expresión "constituir la unión nacional" contenida en el Preámbulo no puede tener un alcance contrario a la forma federal de Estado prevista en el art. 1º de la Ley Fundamental, ni privar a las provincias de las potestades que conservan con arreglo al art. 121 y que son inherentes al concepto jurídico de autonomía(7) . Es que, al no integrar el Preámbulo el texto normativo de la Constitución, sus palabras no pueden imponerse a la letra de la ley constitucional, sino que deben ser utilizadas para su interpretación.

La regla teleológica de interpretación constitucional fue aplicada en numerosas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia. Una de las más relevantes fue el caso "Siri"(8) , donde por vía jurisprudencial y a través de una interpretación finalista, fue establecida la acción de amparo, que careció de previsión legal hasta que, en 1966, fue sancionada la ley 16.986, y con la reforma de 1994, se le atribuyó jerarquía constitucional en el art. 43.

Señaló la Corte que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, por lo que los jueces deben adoptar las soluciones que mejor aseguren los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución, de los cuales el primero de todos es el asegurar los beneficios de la libertad, tal como lo establece el Preámbulo.

## 50. Interpretación semántica

La eficacia de la interpretación semántica está condicionada por la aplicación correcta de las reglas de formulación constitucional, particularmente las referentes al empleo del lenguaje común, la claridad y la concisión.

Todo vocablo constitucional tiene un significado que responde a una idea determinada. Un término constitucional no puede ser desconocido por el intérprete por considerarlo inconveniente o superfluo. Asimismo, en caso de aparente contradicción entre las palabras utilizadas en la ley fundamental, es incorrecto prescindir de alguna de ellas sin antes agotar los procedimientos que permitan armonizarlas en un significado común.

La interpretación semántica es recomendable en aquellos casos en que las palabras empleadas por el constituyente tienen un significado indeterminado, ambiguo, carente de claridad o cuando se incurre en errores de redacción o cuando el significado atribuido a la palabra priva de coherencia a la norma objeto de análisis. En tales casos, y antes de acudir a la mecánica interpretativa, corresponde verificar fehacientemente que el lenguaje constitucional presenta tales defectos, porque si las palabras son claras y las ideas fluyen nítidamente es incorrecto apartarse de ellas.

Para aplicar la interpretación semántica, el intérprete debe conocer perfectamente el idioma utilizado en la constitución, el significado que tenían las palabras al ser redactada la ley fundamental y el sentido que en ese momento le atribuían los constituyentes. También deberá disponer de una información detallada acerca de los hábitos intelectuales y el estilo de redacción que tuvieron los autores de la norma, y un pleno conocimiento sobre el tema tratado por las palabras que se interpretan, sus antecedentes históricos y su razón de ser. Es decir, en definitiva, que para la interpretación semántica el conocimiento gramatical no es suficiente.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia destacó que "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan (Fallos 285:322) y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma"(9) . Asimismo, que "la interpretación de las disposiciones citadas, cuestión sobre la que se centra el litigio, exige reiterar que no es siempre método recomendable para ese cometido, el atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe determinarse en procura de su aplicación racional, que a la vez que elimine el riesgo de un formalismo paralizante, permita a los jueces superar las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal y dar pleno efecto a la intención del legislador"(10) .

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, la interpretación semántica debe ser realizada con lógica y razonabilidad, evitando una aplicación rigurosa del

significado de las palabras que excluya el sentido y el espíritu que determinaron su utilización en un caso concreto.

## 51. Interpretación sistemática

Las normas constitucionales que integran un documento jurídico orgánico llamado constitución no son disposiciones aisladas carentes de relación entre ellas. Una constitución, especialmente si es codificada, configura fundamentalmente un sistema que abarca un conjunto de normas y principios relacionados entre sí en función de una idea política dominante que determina sus contenidos axiológicos.

Como todo sistema, presupone la existencia de una armonía interna, de coherencia y homogeneidad entre todas sus partes, que imponen al intérprete el deber de respetar esa estructura. Todas las instituciones contenidas en la constitución y los objetivos políticos especificados en ella deben ser interpretados como partes de un conjunto y en función del sistema que integran, en procura de preservar la armonía de sus disposiciones.

En caso de ambigüedad y aparente conflicto entre las cláusulas constitucionales, la interpretación correcta no es la que conduzca al desconocimiento de alguna de ellas como solución del conflicto, sino la que permite establecer un equilibrio armónico entre esas cláusulas y las restantes contenidas en la constitución.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha decidido que no es válida la interpretación que conduce a la anulación de una norma constitucional por aplicación de otras, ya que todas ellas deben ser analizadas en conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición debe ser entendida de acuerdo con el contenido de las restantes. Añadió que, "atento a que la Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad. La interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental... De ahí que, si es posible que el significado de un texto constitucional sea en sí mismo de interpretación controvertida, la solución se aclare cuando se lo considere en relación con otras disposiciones constitucionales"(11) .

La Corte Suprema de Justicia destacó que la Constitución, como instrumento de gobierno, se debe analizar como un conjunto armónico y que sus normas deben interpretarse de manera tal que armonicen entre ellas; que la Constitución, a igual que cualquier ley, debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás; la interpretación de la Ley Fundamental no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades que ella enuncia para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que le dio vida; la Constitución es una estructura sistemática, donde sus distintas partes forman un todo coherente, y en



la interpretación de una de sus cláusulas ha de cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto(12) .

Si bien las disposiciones constitucionales no deben ser consideradas en forma aislada, y así debe preferirse la solución que las relacione de manera armónica y no la que desemboque en una manifiesta oposición de sus significados, la interpretación sistemática tampoco puede llevar al extremo de desvirtuar el claro significado de los preceptos constitucionales y la finalidad resultante del sistema.

## 52. Interpretación dinámica

La interpretación dinámica o progresista considera que la ley, como manifestación de la vida humana, está sujeta a una constante e ininterrumpida evolución por obra de la interpretación de sus contenidos de la manera más razonable y conveniente para satisfacer las necesidades sociales del presente.

Un texto constitucional, dotado de la suficiente flexibilidad y generalidad, es un instrumento de gobierno destinado a satisfacer de manera permanente la idea política dominante que determinó la formación de la organización política global y las cambiantes necesidades sociales que se operan en el ámbito de aquella idea.

Esa función del texto constitucional requiere que la interpretación constitucional no se limite a valorar las condiciones y necesidades existentes en el momento en que fue sancionada la constitución, sino también las condiciones y necesidades existentes en el momento en que ella es aplicada, sin apartarse de los fines genéricos que motivaron su elaboración.

Cuando a la luz de una interpretación tradicional, la constitución no ofrece una solución eficiente para las nuevas modalidades y demandas sociales, corresponde acudir a la interpretación dinámica de sus cláusulas para adecuarlas a los cambios que se operan en la comunidad. Frente a tales situaciones, debe ser desechada toda interpretación literal y restrictiva del texto constitucional, en procura de adaptar ese texto a las nuevas necesidades.

En igual sentido, en numerosas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia destacó que "las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción"(13) .

La interpretación dinámica no es sinónimo de mutación constitucional en cuanto a su letra y espíritu. Es la proyección de las cláusulas constitucionales sobre situaciones concretas no previstas en ella, que permite resolver los problemas y necesidades que éstas traen aparejadas, sin alterar la esencia ni la letra de la Constitución.

Mediante la interpretación dinámica o progresista, fue posible adecuar el mensaje constitucional a situaciones que no fueron previstas explícitamente por los constituyentes. Así, las garantías del hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, fueron forjadas parcialmente merced a esa interpretación, mucho antes de haber

sido insertadas en la Constitución Nacional con motivo de la reforma de 1994. Otro tanto acontece con la paulatina reducción de las llamadas cuestiones políticas, cuya judicialidad fue aceptada por el órgano judicial. También con la regulación legal de nuevos derechos y garantías constitucionales previstos en el art. 33 de la Constitución.

Asimismo, y quizás el caso más relevante, residió en aplicar los arts. 14 y 32 de la Ley Fundamental, referentes a la prensa gráfica, a los nuevos medios técnicos de comunicación social, como son el cinematógrafo, la radio, la televisión y la internet. Al considerar que el bien jurídico protegido por la Constitución es la libre expresión del pensamiento a través de cualquier medio, no se encontraron reparos para que tales cláusulas se extendieran a las manifestaciones vertidas por dichos canales que, al tiempo de ser sancionada la Constitución de 1853/60, eran difícilmente previsibles.

## 53. Reglas complementarias de interpretación constitucional

Las reglas de interpretación teleológica o finalista, semántica, sistemática y dinámica o progresista, constituyen las reglas básicas de interpretación constitucional a las cuales debe acudir el intérprete para desentrañar el significado correcto de una cláusula constitucional en su relación con un fenómeno jurídico determinado.

La aplicación de tales reglas por el intérprete no es excluyente. Corresponde, en el caso concreto, aplicar todas ellas en forma complementaria y armónica, a menos que alguna de ellas resulte manifiestamente inviable por las características fácticas de ese caso.

Pero, antes de que acontezca esto último, se debe efectuar un esfuerzo intelectual creativo en busca de armonizar tales reglas y evitar la aplicación unilateral de alguna de ellas sin verificar, previamente, el aporte que pueda emanar de las restantes.

Sin embargo, la complejidad de las situaciones sometidas a su consideración impone frecuentemente la necesidad de recurrir a ciertos procedimientos complementarios de aquellas reglas que, sin importar la exclusión de su aplicabilidad, facilitan la comprensión del texto constitucional.

Tales principios son: a) la razonabilidad; b) interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios; c) presunción de constitucionalidad de los actos públicos; d) in dubio pro libertate .

## 54. Razonabilidad

El texto constitucional, como sistema armónico, establece las características generales que deben tener los actos gubernamentales para satisfacer el bien común. Esas características generales configuran el concepto constitucional de razonabilidad que aparece expuesto en el art. 28 de la Ley Fundamental. Es razonable todo acto que no se traduzca en la violación de la Constitución, o en la desnaturalización de sus preceptos.

La razonabilidad de un acto está condicionada a su adecuación a los principios del sentido común constitucional en orden a la justicia, moderación y prudencia que ella establece. Es así que un acto puede ser formalmente constitucional, pero esencialmente inconstitucional cuando su contenido no guarde la debida proporción con las circunstancias que lo motivan, o cuando no responda a una finalidad constitucional de bien común.

Si bien resulta difícil precisar el concepto de razonabilidad, las dificultades se reducen considerablemente, así como también su relativismo, cuando advertimos que dicho concepto no responde a una concepción individual, sino a la que es impuesta por la idea política dominante aceptada en el texto constitucional. Así, la razonabilidad no es el sentido común individual o el de un grupo de individuos, sino el sentido común que prescribe la constitución.

Describiendo el principio de razonabilidad, Miguel S. Marienhoff escribía que " Ésta consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procuran alcanzar con ellos... Trátase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse. Establecer, pues, si en un caso dado se observó o no el principio de razonabilidad constituye una cuestión de hecho, para cuya solución puede ser decisiva la dignidad del razonamiento utilizado, la ecuanimidad de quien emita el fallo valorativo. Todo ello envuelve una cuestión de sensatez, de acertada visión de la vida".

Esta definición fue la expuesta por la Corte Suprema de Justicia. Conforme a ella, la constitucionalidad de las leyes reglamentarias de los derechos impone la previa consideración de la razonabilidad de las normas cuestionadas ya que, si son arbitrarias, importan la alteración de los términos del art. 28 de la Constitución(14) . Asimismo, estableció que una reglamentación es razonable si se justifica por los hechos y las circunstancias que la motivan, como también por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Pero la norma debe ser proporcionada a los fines que se pretendan alcanzar, de modo lógico para coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el derecho de la sociedad(15) .

Esta fundamentación, expuesta en el caso "Portillo"(16) , determinó que la Corte Suprema reconociera la objeción de conciencia basada en creencias religiosas. En virtud de ello, eximió del cumplimiento de ciertas obligaciones militares a una persona que estaba prestando el servicio militar que, en ese entonces, era obligatorio.

#### 55. Interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios

Las excepciones consisten en soluciones especiales que se aplican a una especie determinada en un apartamiento de la regla general que rige a las restantes. Los privilegios son prerrogativas concedidas a una especie por las cuales se exime a ésta de dar cumplimiento a ciertas obligaciones o condiciones impuestas a las

restantes. La expresión "prerrogativa" es mucho más feliz que la mención del "privilegio" porque se compadece mejor con la esencia republicana.

El principio genérico de la igualdad establecido por el art. 16 de la Constitución determina que las excepciones y los privilegios deben estar expresamente previstos en la norma jurídica, y que su interpretación no puede ser extensiva sino restrictiva en salvaguarda de la igualdad republicana.

Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia que los privilegios cuyo uso puede afectar los intereses o derechos de otros deben recibir una interpretación restrictiva y que las excepciones a los principios generales establecidos por la ley no pueden extenderse a casos no expresados por el legislador. Cuando un texto es poco claro, es inadmisibles una interpretación literal de él que conduce a otorgar un privilegio que no resulta de un texto explícito; sin un texto legal categórico no puede atribuirse al legislador el propósito de crear una situación de privilegio excepcional(17) .

Las excepciones y los privilegios pueden provenir de la Constitución o, de manera directa o indirecta, de una ley que debe encontrar explícitamente su fuente en la Ley Fundamental.

Entre las primeras, cabe citar las prerrogativas congresuales previstas en los arts. 68 a 70 de la Constitución que revisten carácter operativo. Entre los segundos, se incluyen las contempladas en el art. 75, incs. 17, 18 y 23 párrafo final, que requieren de leyes reglamentarias para su concreción. Otro tanto acontece con la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40), por tratarse de formas de democracia directa que se traducen en una excepción al principio general del art. 22, según el cual el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

El principio de la interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios no se compadece con una interpretación extensiva de ellos a hipótesis que no fueron expresamente previstas en la Ley Fundamental.

Tal es lo que acontece con la prerrogativa del art. 69 que suspende la sustanciación de causas penales contra los legisladores. Ella, por vía jurisprudencial, fue extendida al titular del órgano ejecutivo y a los magistrados judiciales. Sobre el particular, consideramos que no existen reparos para que tales funcionarios queden sujetos a una causa penal e, inclusive, a una condena. Sin embargo, y hasta tanto no sean removidos de sus cargos conforme a los mecanismos constitucionales, no será viable su privación de libertad como medida preventiva, ni la ejecución de la condena si produce igual efecto. Esta solución se impone porque, caso contrario, no podrían desempeñar sus mandatos constitucionales.

También fue extendida a los ministros del Poder Ejecutivo. La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que corresponde desestimar la indemnidad de los ministros con sustento en lo dispuesto en el art. 68 de la Constitución como patrón constitucional común para la institución ministerial. Sin embargo, corresponde admitir la garantía cuando las expresiones del ministro se concretan con motivo

del cumplimiento de la obligación de informar y brindar explicaciones a las cámaras del Congreso (art. 71 CN), o con motivo del ejercicio de la facultad de concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates (art. 106 CN). Por vía analógica se extendió una prerrogativa concedida constitucionalmente a los legisladores, cuando los ministros del Poder Ejecutivo formulan expresiones agraviantes en el Congreso y con motivo del ejercicio de la obligación o potestad que regulan los arts. 71 y 106 de la Ley Fundamental(18) .

#### 56. Presunción de constitucionalidad de los actos públicos

Uno de los principios elementales que acarrea el Estado de Derecho reside en considerar que todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales, hasta tanto no se pruebe fehacientemente lo contrario.

Una ley, decreto, sentencia, ordenanza o un simple acto administrativo, cuya validez formal sea incuestionable, no pueden ser calificados de inconstitucionales aunque, en el intérprete, se suscite una duda razonable sobre el particular. Tampoco si el intérprete está convencido sobre la injusticia o inconveniencia de la norma, pero no encuentra un reparo constitucional claramente definido para disponer su invalidez.

Solamente si se manifiesta una discordancia sustancial con el texto de la Ley Fundamental que no pueda ser soslayada mediante una interpretación razonable y armónica, cabe afirmar la inconstitucionalidad de la norma jurídica.

Este criterio, que sigue los lineamientos de la jurisprudencia norteamericana, fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como doctrina oficial. Dispuso la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos de gobierno si no hay una demostración concluyente en contrario; que la invalidez de una ley presupone una discordancia sustancial con los preceptos constitucionales; y que la injusticia o inoportunidad de una norma jurídica no es objeción suficiente para su validez constitucional(19) .

Sin embargo, una aplicación rígida de esta regla que le asigna carácter absoluto se enfrenta con aquellas concepciones que le otorgan a ciertas libertades el carácter de preferentes. Tal es lo que acontece con los derechos personalísimos, las libertades de religión, de prensa, de petición, de enseñanza, de propiedad privada, entre otras. En tales casos, cuando una norma jurídica lesiona, restringe o desconoce los derechos resultantes de tales libertades, se debería presumir inconstitucional, salvo prueba en contrario.

Esta postura fue adoptada por los ministros Bacqué y Petracchi de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando ella resolvió el caso "Repetto"(20) . Destacaron que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, respecto al goce de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada de una presunción de inconstitucionalidad. De manera que, si una norma sostiene la validez de esa distinción, debe acreditar la presencia de un interés estatal urgente y que la medida adoptada sea razonable para satisfacerlo.

Por otra parte, resulta incoherente entender que la acción de los órganos gubernamentales esté deliberadamente encaminada hacia el desconocimiento de los principios constitucionales sobre los cuales se basan su autoridad y funciones. En un Estado de Derecho, la misión de los gobernantes es la de cumplir y hacer cumplir las leyes, con respeto de las normas fundamentales del ordenamiento jurídico que están plasmadas en la constitución, c omportamiento cuya validez debe ser presumida.

Estas dos circunstancias conducen a aceptar la efectividad constitucional de los actos legislativos, ejecutivos y judiciales del gobierno, a menos que, por vía del control de constitucionalidad, se demuestre acabadamente que el acto está en pugna con una norma constitucional. Conclusión a la que se arriba luego de verificar que, mediante la interpretación, resulta imposible armonizar y concordar su contenido con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución. Solamente ante una hipótesis de semejante envergadura cede el principio "in dubio pro constitutio ".

La regla que establece la presunción de constitucionalidad de los actos públicos no es absoluta. En aquellos casos en que el juez está persuadido de que la ley aplicable al caso vulnera de manera flagrante la Ley Fundamental y así lesiona el orden público, tiene el deber, en resguardo del principio de supremacía constitucional, de declarar de oficio su invalidez. El eventual consentimiento de las partes en modo alguno autoriza al juez a violar la Constitución en materias de orden público.

#### 57.In dubio pro libertate

Así como en el Derecho Penal tiene raigambre constitucional la aplicación del principio "in dubio pro reo" , y en el Derecho del Trabajo la regla "in dubio pro operario" , en materia constitucional la interpretación de las cláusulas de la Ley Fundamental y de sus normas reglamentarias siempre debe ser realizada propiciando la plena vigencia de la libertad y no de sus restricciones.

La finalidad personalista que nutre el texto constitucional revela que todas sus declaraciones, principios e instrumentos apuntan a consagrar y consolidar la libertad de las personas. De modo que todo límite que se pretenda establecer para la libertad debe resultar de una disposición expresa que sea concordante con la Constitución.

Asimismo, en caso de duda, cuando agotada la aplicación de todas las reglas de interpretación no resulta posible arribar a una solución precisa y clara, la determinación que se adopte para el caso concreto debe ser en salvaguarda de la libertad comprometida por aplicación del principio "in dubio pro libertate" .

La regla "in dubio pro libertate" puede colisionar, en abstracto, con la regla que impone la presunción de constitucionalidad de los actos gubernamentales. Una ley que restringe las libertades constitucionales puede suscitar dudas serias sobre su validez, la cual se presume. Pero, simultáneamente, por aplicación del principio "in dubio pro libertate" , podría ser descalificada constitucionalmente. En tales casos, la solución del aparente conflicto debería provenir del principio de razonabilidad

contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental. Si la validez de la norma suscita dudas, pero es un medio proporcional y apropiado para el logro de un objeto legítimo de interés general, a éste debe quedar subordinado el interés particular expuesto en el caso concreto.

#### 58. El Preámbulo de la Constitución

El Preámbulo de la Constitución es la introducción al texto constitucional, en la cual se proclaman los grandes principios, propósitos y fines de la Ley Fundamental.

Las fuentes a las que acudieron los constituyentes para redactar el Preámbulo no se limitaron al que procede de la Constitución de los Estados Unidos y al propuesto por Alberdi. Fueron modelos adecuados a las circunstancias históricas y políticas que determinaron el nacimiento y la organización de la Nación Argentina.

Como exposición de motivos, el Preámbulo comprende cuatro partes. En la primera, destaca la fuente de donde proviene la Constitución y su autoridad: "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".

También establece los objetivos de la Constitución y los fines a que debe responder la acción del gobierno: "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 en el suelo argentino".

Añade que sus autores acudieron a la protección divina: "invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia".

Finalmente, impone el cumplimiento de la Ley Fundamental: "ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina".

El Preámbulo carece de valor jurídico positivo, pero ello no significa que se trate de una simple formulación teórica, porque revela la intención del constituyente y los fines que tiene el instrumento jurídico fundamental. En este aspecto, resalta la importancia que tiene el Preámbulo en materia de interpretación constitucional, al aportar al intérprete los elementos causales que le permitirán desentrañar el significado y el alcance de las cláusulas de la Constitución. Pero esa interpretación no puede, como así tampoco las palabras empleadas en el Preámbulo, ser invocada para conferir un sentido distinto al que resulta de manera clara y precisa de la letra del articulado constitucional.

Tal ha sido el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al destacar que el Preámbulo, como expresión de las metas consignadas en la Ley Fundamental, es una herramienta de particular importancia para su interpretación, pero la invocación de su contenido no puede alterar las cláusulas positivas de la Constitución porque ellas son la proyección que le asignaron los constituyentes<sup>(21)</sup>.

#### 59. El proceso constitucional argentino

Los orígenes del proceso constitucional argentino se remontan a la Revolución de Mayo de 1810. Desde un primer momento, se exteriorizó claramente el propósito de forjar un Estado independiente, sobre la base de una comunidad nacional preexistente a aquella gesta, y articulado mediante una constitución personalista o humanista.

Sin embargo, mientras que el acto y el contenido de la independencia disfrutaban de un sólido consenso, no aconteció lo propio con la forma bajo la cual debía ser organizada políticamente la sociedad global. El disenso sobre este último aspecto desencadenó las estériles y cruentas luchas internas registradas en el país, con su secuela inevitable de dolor, odio y resentimiento. Fue necesario que transcurrieran cuarenta y tres años para que, disipada la intensidad del temperamento intolerante de dos generaciones, se acordara enmendar las diferencias en función del bien común.

Si bien es cierto que el origen formal del proceso constitucional argentino se remonta a la Revolución de Mayo de 1810, también es cierto que su contenido estuvo determinado por infinidad de ideas, doctrinas y documentos jurídicos que se integraron en el movimiento constitucionalista con mucha anterioridad. Y, como nuestro proceso constitucional respondió plenamente a ese movimiento, tales antecedentes influyeron decisivamente sobre la conformación de nuestro sistema constitucional.

En la comunicación efectuada por Juan A. Aguirre Lanari en la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 14/8/2008, el autor sistematizó con agudeza algunas de tales ideas, doctrinas y documentos mediante un análisis detallado que enriqueció con los aportes brindados por algunos autores. Particularmente, los ofrecidos por Segundo V. Linares Quintana respecto de las raíces hispanas del constitucionalismo y de Alberto Rodríguez Varela sobre las raíces neoescolásticas.

A tales aportes, el autor añadió los antecedentes patrios, el pensamiento constitucional de Mariano Moreno, la Constitución de Cádiz de 1812, los pactos interprovinciales, el pensamiento de la generación de 1837 y la originalidad de Juan Bautista Alberdi.

Por otra parte, y de modo que no comparte ciertos cuestionamientos que se emiten sobre el particular, no podemos desconocer la gravitación decisiva que tuvo la Constitución de los Estados Unidos de América, no solamente sobre el contenido asignado a la Constitución de 1853/60, sino también sobre su interpretación —al menos hasta mediados del siglo XX— conforme a los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia de aquel país.

El proceso constitucional argentino se inició con la Gesta de Mayo, como corolario del Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810. Sin embargo, a la luz de un enfoque jurídico, cabe sostener que estuvo precedido por dos acontecimientos relevantes

que fijaron el rumbo que se debía seguir institucionalmente para concretar la independencia y la conformación de un nuevo Estado con poder soberano.

El primero de ellos fue el Cabildo Abierto del 14 de agosto de 1806. Pocos días después de la rendición del ejército inglés comandado por el general Guillermo Beresford, se reunieron los integrantes del Cabildo de Buenos Aires quienes, debido a la ausencia del virrey Sobremonte, resolvieron delegar la conducción política del Virreinato del Río de la Plata en la Real Audiencia y otorgar el mando de las tropas locales a Santiago de Liniers. Fue la primera vez que los vecinos de Buenos Aires adoptaron una decisión política significativa con prescindencia de las directivas que podían emanar de las autoridades españolas.

En esa oportunidad, no se dispuso la remoción del virrey, pero sí al año siguiente. Poco antes de la frustrada segunda invasión inglesa, el Cabildo Abierto celebrado el 10 de febrero de 1807 resolvió suspender al virrey Sobremonte en todos sus cargos gubernamentales. Una vez derrotadas las tropas inglesas bajo el mando del brigadier Whitelocke el 5 de junio de 1807, el rey español Carlos IV, convalidando implícitamente la actuación del Cabildo, designó virrey a Santiago de Liniers.

Con motivo de los crecientes conflictos que se suscitaban entre Liniers y el Cabildo, y con conocimiento de que, el 25 de septiembre de 1808, se había constituido en Aranjuez la Suprema Junta Central Gubernativa debido a la renuncia del rey Carlos IV a la corona de España en favor de Napoleón I y a la detención de Fernando VII, fue convocado el Cabildo abierto del 1 de enero de 1809.

Ese Cabildo dispuso la constitución de una Junta de Gobierno presidida por Ruiz Huidobro, y uno de cuyos secretarios fue Mariano Moreno, que sin remover al virrey Liniers asumió el ejercicio de sus funciones. Tal decisión fue avalada por la Junta Central Gubernativa el 11 de febrero de 1809, que dispuso el reemplazo de Liniers por Baltasar Hidalgo de Cisneros.

Se trató de actos políticos revolucionarios en su esencia, aunque quizás no en las formas, que precipitaron otro, de envergadura mayor, el 25 de mayo de 1810.

El Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810 fue la consecuencia inevitable de la crisis político-institucional producida en España a fines del siglo XVIII, que culminó en enero de 1810 con la disolución de la Junta Central Gubernativa asentada en Sevilla.

Tal hecho se conoció en Buenos Aires el 14 de mayo y determinó que, cuatro días después, Manuel Belgrano y Cornelio Saavedra se presentaran ante el alcalde de primer voto, Juan José Lezica, para requerir la celebración de un cabildo abierto con el fin de decidir si el virrey debía cesar en su cargo, y en su caso, si correspondía conformar una junta superior de gobierno. Asimismo, el 20 de mayo, Saavedra, en representación de los jefes militares locales, demandó al virrey Cisneros la celebración del cabildo abierto. A su vez, el propio virrey, que el 17 de mayo ordenó la publicación oficial de los hechos ocurrido en la península, emitió el 21 de mayo una proclama en la cual, implícitamente, admitió que su mandato, otorgado por la Junta Central Gubernativa, había concluido con motivo de la

disolución de ella, y en este contexto correspondía decidir quién debía ejercer el poder en representación de Fernando VII. A tal fin se resolvió convocar el Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810.

#### 60. El Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810

En el Cabildo Abierto del 22 de mayo de 1810, convocado con motivo de la intensa presión ejercida por los vecinos de Buenos Aires, fue dispuesta su apertura y se exhortó a los asistentes a hablar con toda libertad para alcanzar un consentimiento general.

El primer expositor fue el obispo Benito Lué y Riega, para quien el mando correspondía a España y mientras existiera un espacio territorial en España libre de dominación extranjera, la autoridad de ese territorio era la autoridad del Virreinato. Asimismo, mientras existiese un español en las Américas, él debía mandar a los americanos. Solamente el mando podía recaer en los nativos del país cuando ya no hubiese un español en él.

La argumentación autoritaria del obispo Lué mereció la réplica de Juan José Castelli basada sobre un enfoque jurídico. América no dependía de España sino de la corona a la cual había jurado obediencia y por haber caducado la autoridad del monarca, caducaban todas sus delegaciones en la metrópoli. Esa caducidad se extendía a las autoridades en América, y así correspondía al pueblo reasumir la soberanía del rey e instituir la, en representación suya, a un gobierno que debía detenerse.

El secretario de la Real Audiencia, Manuel Genaro Villota, aceptó hipotéticamente la conclusión de Castelli. Si bien la soberanía retrovertía a los pueblos, su representación no podía ser ejercida solamente por Buenos Aires sino por todas las provincias representadas por sus diputados reunidos en un congreso. Su argumento fue sólido y convincente.

Castelli no encontró un argumento válido para contestar a Villota, pero sí lo hizo Juan José Paso. Destacó que ante la grave emergencia que se afrontaba, Buenos Aires, en su condición de hermana mayor de los pueblos del virreinato, y asumiendo una suerte de gestión de negocios, debía proceder a constituir una junta de gobierno provisoria a nombre de Fernando VII hasta tanto, convocados y reunidos los representantes del interior, decidieran sobre la formación de un gobierno permanente.

Sometidas a votación las diversas propuestas presentadas, el escrutinio se realizó el 23 de mayo. Se resolvió que había cesado el mandato del virrey y que el Cabildo debía constituir una junta de gobierno. A continuación los regidores constituyeron esa junta con una especie de gobierno de coalición integrado por Juan Sola y José Incháurregui como representantes de los partidarios del Cabildo, Juan José Castelli y Cornelio Saavedra como representantes de los criollos, y cuyo presidente era Cisneros, que encarnaba el grupo españolista.

Los integrantes de la Junta, cuyo gobierno debía regir hasta que se erigiera una Junta General del Virreinato, prestaron juramento y asumieron sus cargos el 24 de mayo.

La conformación de la Junta y, particularmente, la permanencia de Cisneros en la dirección política del organismo generaron un inmediato e intenso malestar. Tanto en el ámbito de la generalidad de los pobladores, como entre los militares cuyos jefes expresaron no estar dispuestos a sostener un gobierno que merecía la vehemente protesta de la voluntad popular.

La firmeza del reclamo provocó la inmediata renuncia de los integrantes de la Junta, incluido Cisneros.

La presión ejercida para que se respetaran las posturas mayoritarias expuestas el 22 de mayo condujo a que el Cabildo aceptara integrar una nueva junta con personas que las representaban. Así, el 25 de mayo, el Cabildo integró la Junta de Gobierno con Cornelio Saavedra como presidente; Mariano Moreno y Juan José Paso, como secretarios; y Manuel Belgrano, Miguel de Azcuénaga, Juan José Castelli, Manuel Alberti, Domingo Matheu y Juan Larrea como vocales.

#### 61. Acta capitular del 25 de mayo de 1810

Simultáneamente con la conformación de la Primera Junta, el 25 de mayo el Cabildo dictó el acta capitular, o reglamento de la Primera Junta, que es el primer documento constitucional argentino.

Establecía que, en el ejercicio del gobierno, la Junta debía "conservar la integridad de esta parte de los dominios de América a nuestro amado soberano el señor don Fernando VII y sus legítimos sucesores, y observar puntualmente las leyes del reino".

La misión política asignada a la Primera Junta consistía en preservar los dominios americanos del rey Fernando VII y convocar a los representantes de las ciudades del interior a un congreso. La función prevista para ese congreso radicaba en decidir la forma de gobierno que se debía implementar para regir el Virreinato del Río de la Plata.

El 27 de mayo, la Junta provisoria emitió una circular en la que cursó aquella convocatoria a los representantes del interior. Pero esa circular se apartaba de los lineamientos establecidos en el acta capitular del 25 de mayo porque invitaba a esos representantes a incorporarse a la Junta provisoria.

Como consecuencia de la convocatoria, el 18 de diciembre de 1810, los representantes del interior que habían arribado a Buenos Aires pasaron a formar parte de la Junta provisoria en ejercicio de la función ejecutiva, que recibió el nombre de Junta Grande. Tal hecho determinó que, ese mismo día, Mariano Moreno presentara su renuncia al cargo de secretario de la Junta, tras considerar que la circular del 27 de mayo no se ajustaba al acta capitular del 25 de mayo. Según ésta, los representantes del interior habían sido convocados para conformar

un congreso que debía decidir sobre la forma de gobierno y no para ejercer el gobierno mediante su incorporación a la Junta.

Cabe destacar que Mariano Moreno, que falleció el 4 de marzo de 1811, había esbozado un anteproyecto de constitución que no tuvo difusión pública como de su autoría y que estaba basado sobre el texto de la Constitución de los Estados Unidos.

Debido a los inconvenientes que presentaba el ejercicio de la función ejecutiva por un organismo colegiado tan numeroso, y a los riesgos que acarreaban las derrotas militares sufridas por las tropas nacionales ante el ejército español en el norte del país, se resolvió modificar la composición del órgano ejecutivo. El 23 de septiembre de 1811, sobre la base del modelo francés post revolucionario, la Junta Grande decidió encomendar esa potestad a un organismo denominado "triumvirato". Los vocales del Primer Triunvirato fueron Feliciano Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso, y sus secretarios José Julián Pérez, Bernardino Rivadavia y Vicente Fidel López.

#### 62. Reglamento orgánico y estatuto provisional de 1811

El 22 de octubre de 1811, la Junta Grande dictó el primer Reglamento orgánico de carácter constitucional. Disponía que ella pasaba a denominarse Junta Conservadora de los derechos de Fernando VII y de las leyes, siempre que ellas no se opusieran al "derecho supremo de la libertad civil de los pueblos americanos".

La Junta Conservadora tenía a su cargo la función legislativa. Estaba facultada para declarar la guerra, la paz, celebrar tratados, establecer impuestos, crear tribunales y dar nuevos empleos en la Administración.

La Junta estaba integrada por los diputados de las Provincias Unidas, quienes debían cesar en sus cargos cuando se constituyera el Congreso Nacional que debía establecer la forma definitiva de gobierno.

La función ejecutiva era ejercida por el Triunvirato, quien debía convocar al Congreso Nacional a la mayor brevedad. Sus funciones, entre otras, consistían en adoptar las medidas necesarias para la defensa del Estado y la organización del ejército, así como proteger la seguridad pública y la libertad civil, recaudar los fondos públicos y hacer cumplir las leyes.

Como antecedente de las garantías que emanan del art. 18 de la Constitución, el Reglamento disponía que el Poder Ejecutivo no podía detener a ningún individuo por un lapso mayor de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término debía remitirlo al juez competente.

La tercera y última sección del Reglamento disponía que el Poder Judicial era independiente y que era el único órgano competente para juzgar a las personas.

Casi simultáneamente, y sin tomar como punto de referencia el Reglamento dictado por la Junta Conservadora, el 26 de octubre de 1811, el Triunvirato dictó el decreto de libertad de imprenta. Establecía que "todo hombre puede publicar sus

ideas libremente y sin previa censura", redacción similar a la expuesta en el art. 14 de la Constitución de 1853/60 y en la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, y con el propósito declarado de condenar el ejercicio abusivo de la libertad de prensa, imponía una serie de restricciones que desnaturalizaban su esencia y dejaban la vigencia de tan preciada libertad al arbitrio del gobierno de turno.

El Reglamento Provisional de 1811 no tuvo vigencia. El Primer Triunvirato, tras someter el Reglamento a la consideración del Cabildo procedió, con la conformidad implícita de este último, a rechazar el documento y disolver la Junta Conservadora por decreto del 7 de noviembre de 1811.

Disuelta la Junta Grande, el Triunvirato dictó, el 22 de noviembre de 1811, un Estatuto Provisional y convocó a la formación de una Asamblea General que, al margen de ejercer la función legislativa debía sancionar una constitución definitiva para la nación.

El 23 de noviembre, el Triunvirato dictó el decreto sobre seguridad individual. Establecía que "todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades; la posesión de este derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual".

Nadie podía ser penado sin previo proceso y sentencia legal, ni arrestado sin prueba fehaciente o indicios vehementes de su participación en un delito. El decreto añadía que las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos y que toda medida que, con el pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente. También proclamaba la libertad de tránsito.

La Asamblea General prevista en el Estatuto Provisional de 1811 se instaló el 4 de abril de 1812. Su decisión de declararse soberana y de modificar la composición del Triunvirato generó un conflicto político que culminó con la disolución de esa Asamblea, dispuesta por el propio Triunvirato.

La concentración del poder en el Primer Triunvirato provocó un creciente malestar en la ciudadanía, que no llegó a ser atenuado con la convocatoria a una segunda Asamblea General. La forma autoritaria con que ejerció el poder desencadenó el golpe de estado del 8 de octubre de 1812, que contó con la activa participación de los cuerpos militares comandados por Francisco Ortiz de Ocampo, Román Fernández, José de San Martín y Carlos María de Alvear y se tradujo en la remoción de los triunviros.

Tras el golpe de estado, el Cabildo reasumió la conducción gubernamental y procedió a designar al segundo Triunvirato, que estuvo integrado por Juan José Paso, Antonio Álvarez Jonte y Nicolás Rodríguez Peña.

El 24 de octubre se convocó a una nueva asamblea general constituyente, la cual comenzó a funcionar el 31 de enero de 1813. Se trató de la célebre Asamblea del año XIII.

### 63. Asamblea de 1813

La Asamblea constituida el 31 de enero de 1813 debía dar cumplimiento a dos objetivos anhelados intensamente: declarar la independencia y dictar una constitución. Si bien no alcanzó a concretar tales objetivos, sus actos conformaron una especie de constitución no codificada que, en gran medida, fueron respetados por los sucesivos proyectos que se presentaron hasta 1853.

En cuanto al objetivo de proclamar la independencia, por razones políticas no fue posible concretarlo formalmente, pero una serie de actos de la Asamblea demostraron categóricamente que, de hecho, la independencia había sido dispuesta.

En el seno de la Asamblea se trataron cuatro proyectos de constitución. Tres de ellos propiciaban la organización de un Estado unitario, mientras que el restante impulsaba uno de carácter federal.

La Asamblea General, si bien no dictó una constitución, emitió diversas normas legales que conformaron, parcialmente, la constitución histórica del país.

El 2 de febrero de 1813 estableció la "libertad de vientres", al disponer que todos los hijos de esclavos nacidos a partir del 31 de enero de 1813 "sean considerados y tenidos por libres". El 6 de marzo emitió un reglamento para la educación de los libertos, el 21 de mayo abolió el uso de tormentos "para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes" y el 13 de agosto prohibió los mayorazgos, en tanto que el 18 de octubre prohibió la exhibición en las fachadas de los edificios de todo signo o distintivo de nobleza.

También suprimió, con respecto a los indios, la mita y el yanaconazgo, y así concluyó con la servidumbre a que eran sometidos aquéllos. Finalmente, como hemos visto, y a la manera de actos demostrativos del ejercicio de un poder soberano, la Asamblea creó el escudo nacional, adoptó el himno oficial y dispuso la acuñación de moneda nacional.

Con el propósito de dotar de mayor eficiencia a la función ejecutiva, el 22 de enero de 1814 la Asamblea sustituyó al Triunvirato por el Directorio, siguiendo el proceso que, en tal sentido, se había desarrollado en Francia. El primer titular de este nuevo órgano ejecutivo fue Gervasio Posadas quien, el 9 de enero de 1815, fue sucedido por Carlos María de Alvear.

Disuelta la Asamblea General, el ejercicio de la función legislativa fue reasumido por el Cabildo de Buenos Aires, quien dispuso integrar la Junta de Observaciones, con potestades legislativas, para que sancionara un estatuto provisional. Ese Estatuto, dictado el 5 de mayo de 1815, al margen de la organización transitoria que preveía, dispuso que se debía invitar a los representantes que designaran las provincias para integrar un congreso que, reunido en la ciudad de Tucumán, iba a sancionar una constitución. Tal disposición determinó el funcionamiento del Congreso de Tucumán.

Si bien la vigencia del Estatuto de 1815 fue efímera pues no llegó a ser aprobado por las provincias tal como él mismo lo exigía, contiene una serie de disposiciones sumamente novedosas para la época que reflejan un ideal de progreso y realismo.

Merecen destacarse las normas que importan un antecedente fundamental del constitucionalismo social, y que luego fueron reproducidas por el Reglamento Provisorio de 1817 que sancionó el Congreso de Tucumán.

El capítulo 7, titulado "Deberes del cuerpo social", imponía: "El cuerpo social debe garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre" (art. 1º); "Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse" (art. 2º); "Toda disposición o estatuto contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores, será de ningún efecto".

#### 64. El Congreso de Tucumán

El Congreso de Tucumán, que comenzó a funcionar el 24 de marzo de 1816, tenía como objetivos fundamentales determinar la forma de gobierno, declarar la independencia y sancionar una constitución que rigiera en todo el país.

El 9 de julio el Congreso declaró la independencia, proclamando: "Nos, los representantes de las Provincias Unidas del Río de la Plata, reunidos en congreso general, invocando al Eterno que preside el universo, en el nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos, protestando al cielo, a las naciones y hombres todos del globo la justicia, que regla nuestros votos, declaramos solemnemente a la faz de la tierra, que es voluntad unánime e indubitable de estas Provincias romper los violentos vínculos que las ligaban a los reyes de España, recuperar los derechos de que fueron despojados, e investirse del alto carácter de Nación libre e independiente del rey Fernando VII, sus sucesores y metrópoli. Quedan en consecuencia de hecho y de derecho con amplio y pleno poder para darse las formas que exija la justicia e impere el cúmulo de sus actuales circunstancias. Todas, y cada una de ellas, así lo publican, declaran y ratifican, comprometiéndose por nuestro medio al cumplimiento y sostén de ésta su voluntad, bajo el seguro y garantía de sus vidas, haberes y fama".

El 3 de diciembre de 1817, el Congreso sancionó el Reglamento Provisorio que ordenaba el funcionamiento gubernamental hasta tanto se dictara la tan anhelada constitución. A pesar de la raíz federal sobre la cual se apoyó la Declaración de Independencia, el Reglamento presentaba claras características unitarias.

En efecto, disponía que los gobernadores eran elegidos por el director de una lista de candidatos que debían remitir los cabildos.

El Reglamento reproducía cláusulas contenidas en varios precedentes constitucionales, pero también contenía algunas disposiciones novedosas que sirvieron de sustento al texto constitucional de 1853/60.

El capítulo 7º de la sección I, al establecer los "deberes del cuerpo social", que ya había previsto el Estatuto de 1815, contiene cláusulas que bien pueden ser calificadas como antecedentes del constitucionalismo social: "El Cuerpo social debe

garantir, y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse. Toda disposición o estatuto, contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores será de ningún efecto". Esta cláusula, al igual que otras contenidas en el Reglamento, revelan la inexactitud en que se incurre al sostener que el constitucionalismo del siglo XIX era individualista. La preocupación por la cuestión social estuvo ya presente en los albores del constitucionalismo argentino.

El Congreso se reservaba el ejercicio de la función legislativa, mientras que la función ejecutiva era asignada al director, cuyo nombramiento correspondía al Congreso. Entre otras facultades, tenía a su cargo la ejecución de las leyes; ser comandante en jefe de las fuerzas armadas del Estado; ejercer la representación exterior de las Provincias Unidas; iniciar, concluir y firmar tratados internacionales que debían ser aprobados por el Congreso a los fines de su ratificación externa; ejercer el patronato; nombraba a los tres secretarios, o ministros, que eran de gobierno, hacienda y guerra.

De manera similar al art. 18 de la Constitución de 1853/60, establecía que "Siendo las cárceles para la seguridad y no para el castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los tribunales superiores, indemnizando a los agraviados por el orden de justicia" (secc. 4, cap. 3, art. 18).

Como antecedente del actual art. 19 de la Constitución, ordenaba que "Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan el orden público, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados" (secc. 7, cap. 1, art. 1). "Ningún habitante del Estado estará obligado a hacer lo que no manda la ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe" (secc. 7, cap. 1, art. 2).

El Congreso concluyó su labor dando cumplimiento a otro de los grandes objetivos que le fueron asignados. El 22 de abril de 1819 sancionó el primer texto constitucional orgánico para el Estado.

#### 65. Constitución de 1819

La Constitución de 1819, jurada solemnemente el 25 de mayo de ese año, en el marco de un conflictivo proceso político interno cuya intensidad se incrementó hasta culminar en la anarquía nacional, desde sus comienzos estuvo destinada al fracaso. Este hecho quedó manifestado claramente cuando la Constitución no fue aceptada por la Banda Oriental y las provincias de Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe.

Hubo tres factores que condujeron al fracaso de la Constitución de 1819. En primer lugar, el hecho de no precisar debidamente la forma republicana de gobierno que acarrearía suspicacias sobre una eventual inserción de la monarquía constitucional, forma de gobierno que, si bien había sido aceptada de manera coyuntural por algunas figuras políticas destacadas como Manuel Belgrano,



Acevedo, Castro Barros, Sánchez de Loria y Pacheco de Melo, no contaba con la adhesión de la ciudadanía.

El segundo factor fue la organización unitaria del Estado, con apartamiento de los precedentes del Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 y del sentimiento imperante en el interior del país.

El tercer factor fue la paulatina pérdida de autoridad registrada en el gobierno central y el consecuente surgimiento del caudillismo con su bandera de preservación de la independencia originaria de las provincias.

En ese contexto político, se podría afirmar que los autores de la Constitución de 1819 se prodigaron en forjar una obra teórica, plena de virtudes, aunque carente del realismo indispensable. Pecaron ingenuamente en creer que la sanción de una norma jurídica fundamental determinaría la automática sumisión a ella de los intereses y pasiones políticas.

#### 66. Constitución de 1826

Sancionada la Constitución de 1819, Juan Martín de Pueyrredón renunció al cargo de director, para que se procediera a su cobertura conforme a las normas contenidas en aquélla. El Congreso nombró director al general José Rondeau, cuya autoridad fue desconocida por Gervasio Artigas, Francisco Ramírez y Estanislao López.

El enfrentamiento entre el Gobierno nacional y algunos gobiernos provinciales, culminó el 1 de febrero de 1820 con la derrota de las fuerzas nacionales en la batalla de Cañada de Cepeda. Tal hecho determinó la disolución del Congreso, la renuncia de Rondeau y que el Cabildo de Buenos Aires resolviera crear una Junta de Representantes para el gobierno local, la cual nombró gobernador a Manuel de Sarreatea.

Para concretar la paz entre las provincias beligerantes y establecer ciertas bases que permitieran revertir la anarquía existente, y así retornar al cauce de la unidad nacional, se suscribieron entre ellas diversos tratados. Entre tales cabe citar el Pacto de Pilar del 23 de febrero de 1820 entre Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe; el tratado de Benegas del 24 de noviembre de 1820 entre Buenos Aires y Santa Fe, con la mediación de la provincia de Córdoba; y el tratado del Cuadrilátero del 25 de enero de 1822 entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes que, ante el fracaso del Congreso que debía ser realizado en Córdoba, acordó que, de darse las condiciones convenientes, las partes procederían a convocar un nuevo congreso constituyente.

Restablecido el orden interno, y considerando que estaban dadas las condiciones a tal fin, el 6 de diciembre de 1824 Buenos Aires decidió invitar a las provincias para constituir un nuevo congreso constituyente, el cual quedó instalado el 16 de diciembre de ese año.

El 6 de febrero de 1826, el Congreso sancionó una ley que establecía un Poder Ejecutivo permanente para ejercer las funciones que habían sido transferidas al

gobierno de Buenos Aires. El titular del órgano ejecutivo recibió la denominación de "presidente". El 7 de febrero de 1826 el Congreso designó presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata a Bernardino Rivadavia. El 4 de marzo el Congreso declaró a la ciudad de Buenos Aires como capital del Estado y el 7 de marzo dispuso el cese del gobierno de Buenos Aires.

En la sesión del Congreso Constituyente correspondiente al 14 de julio de 1826, la comisión de negocios constitucionales informó que se habían pronunciado por la forma federal las provincias de Córdoba, Mendoza, San Juan y Santiago del Estero. Por la forma unitaria, las provincias de Salta, Tucumán y La Rioja. Por lo que decidiera el Congreso, las provincias de Catamarca, San Luis y Corrientes. No habían emitido expresamente su opinión las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos, Misiones y la Banda Oriental.

La comisión de negocios constitucionales, en su informe, proponía la adopción de la forma unitaria por tres razones. La escasa población que había en algunas provincias que no superaban los quince mil habitantes "esparcidos en distancias enormes"; la inexistencia de recursos, en muchas de ellas, que les impedían "subvenir a las primeras necesidades de la comunidad"; y la falta de una adecuada ilustración en la mayoría de sus ciudadanos que los tornaban ineptos para conducir su propio gobierno autónomo conforme a los principios republicanos.

Manuel Dorrego, en el seno del Congreso, apoyó firmemente la forma federal, y ofreció soluciones transitorias para remediar temporalmente las razones expuestas por la comisión. Entendía que reunían todas las condiciones para funcionar de manera autónoma la Banda Oriental, Córdoba, Salta y Cuyo. Asimismo, se podían conformar uniones transitorias entre Santa Fe y Buenos Aires; Entre Ríos, Corrientes y Misiones; Buenos Aires y Santa Fe; La Rioja y Catamarca; Santiago del Estero y Tucumán.

El 24 de diciembre de 1826, el Congreso sancionó la Constitución imponiendo una forma unitaria para la organización del Estado. Fueron pocos los integrantes de ese cuerpo que expresaron su oposición a esa forma. Además de Dorrego, cabe citar a José María Rojas, Pedro Cavia y Caviedes, Francisco Igarzábal, Evaristo Carriego, Mateo Vidal, José Francisco de Ugarteche y Santiago Funes, entre otros.

La vigencia de la Constitución estaba condicionada a su aceptación por las dos terceras partes de la provincias, incluida la Capital de la República.

Precisamente, este último requisito no tuvo cumplimiento. Ninguna provincia aceptó la Constitución, de manera que no tuvo vigencia. Tal circunstancia determinó la renuncia de Rivadavia el 30 de junio de 1827 y la posterior disolución del Congreso constituyente. Antes de operarse la disolución, el Congreso ratificó la vigencia de la Ley Fundamental del 23 de enero de 1825 y eligió presidente provisorio a Vicente López y Planes.

Al restaurarse el poder soberano en las provincias, Buenos Aires constituyó su Junta de Representantes y se procedió, el 12 de agosto de 1827, a designar gobernador a Manuel Dorrego.

## 67. Constitución de 1853/60

La fase final del proceso preconstitucional se inició el 3 de febrero de 1852 con la batalla de Caseros. La deposición del gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, por las fuerzas comandadas por Justo José de Urquiza, posibilitó la suscripción, el 31 de mayo de 1852, del Acuerdo de San Nicolás. En virtud de él, y ratificando el objetivo expuesto en el Pacto Federal de 1831, las provincias acordaron en convocar a un congreso general constituyente para que sancionara la Constitución bajo la cual quedarían políticamente unidas.

El 8 de noviembre de 1852, dando cumplimiento al acuerdo, el director provisorio de la Confederación Argentina —Justo José de Urquiza— convocó al Congreso General Constituyente que comenzó a funcionar el 15 de noviembre en la ciudad de Santa Fe.

El Congreso designó una comisión para que presentara un proyecto de Constitución. Esa comisión, que estuvo integrada por Leiva, Gutiérrez, Gorostiaga, Díaz Colodrero, Ferré, Zapata, Derqui y Del Campillo, concluyó su labor el 20 de abril de 1853. Tras debatir el contenido del proyecto e introducir diversas modificaciones, el Congreso General sancionó la Constitución el 1º de mayo de 1853, que fue promulgada el 25 de mayo de ese año.

Posteriormente, el 9 de julio de 1853, la Constitución fue jurada solemnemente en la Iglesia Matriz de Catamarca, oportunidad en la cual fray Mamerto Esquiú pronunció su célebre sermón, en cuya parte final expresó: "Obedeced, señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay Patria, no hay verdadera libertad: existen sólo pasiones, desorden, anarquía, disolución, guerra y males de que Dios libre eternamente a la República Argentina".

Los factores que habían impedido concretar la unidad nacional en 1816 y 1826 se habían diluido. Con el correr de los años y el surgimiento de una nueva dirigencia política, la división entre unitarios y federales había sido superada y sustituida por la colisión entre el régimen autocrático de Juan Manuel de Rosas, merced al cual sobrevivió la unidad nacional, y quienes aspiraban a instaurar los valores democráticos del movimiento constitucionalista como fundamento de la organización nacional.

La Constitución sancionada en 1853 estableció la forma republicana de gobierno y la forma federal del Estado. Regía para la Confederación Argentina de la cual no formaba parte la provincia de Buenos Aires. Con motivo del levantamiento del 11 de septiembre de 1852, Buenos Aires se había retirado de la Confederación Argentina y no envió sus representantes al Congreso General Constituyente. Tal situación se mantuvo hasta 1859.

Tras la batalla de Cepeda, donde las fuerzas del Estado de Buenos Aires fueron derrotadas por los ejércitos de la Confederación, se suscribió entre ambas partes el Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859. Por él se acordó la incorporación de Buenos Aires a la Confederación y el reconocimiento de potestades de gobierno y legislación a Buenos Aires sobre todas sus propiedades y establecimientos públicos, con la salvedad de las aduanas exteriores que quedaban sujetas a la Nación. También se convino que Buenos Aires debía convocar a una convención provincial para revisar la Constitución Nacional de 1853 y formular las observaciones que su contenido pudiera merecerle. Esas observaciones serían sometidas a la consideración de una convención ad hoc convocada por el gobierno nacional y a la cual Buenos Aires enviaría sus representantes.

El 5 de enero de 1860 se reunió la convención de Buenos Aires, en cuyo seno se integró la comisión revisora con Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado y Domingo F. Sarmiento.

Finalmente, el 23 de septiembre de 1860 concluyeron las sesiones de la convención y fue sancionado el texto constitucional definitivo.

Si bien el texto constitucional de 1853 establecía que ella no podía ser objeto de modificaciones antes del transcurso de diez años, mal puede ser calificada de inconstitucional la reforma realizada en 1860. La Ley Fundamental sancionada en 1853 tenía plena vigencia en las provincias que habían formado la Confederación Argentina, pero no en la de Buenos Aires que no se había incorporado a ella y cuyas autoridades se negaron a aceptar esa Constitución.

Como decíamos, Buenos Aires prosiguió siendo un Estado independiente que, recién con motivo del Pacto de San José de Flores, acordó su fusión para conformar la Nación Argentina. Al quedar constituido, al menos formalmente, un nuevo Estado con todas las provincias, su organización definitiva recién concluyó en 1860. Este hecho determinó que el proceso constituyente abierto en 1853 recién quedara concluido en 1860 y, por tal razón, se hace referencia a la Constitución de 1853/60.

El contenido de esa Constitución reflejó cabalmente el pensamiento imperante entre sus redactores que, a su vez, era fruto del ideal de Mayo y de los principios expuestos por la generación de 1837, entre cuyos integrantes cabe destacar a Esteban Echeverría, Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez, José Mármol, Miguel Estévez Saguí, José Barros Pazos y Pastor Obligado. Precisamente, y como bien lo destaca Alberto Rodríguez Varela, en las palabras simbólicas del Dogma Socialista de Echeverría encontramos varias referencias que permiten conocer aquel pensamiento: progreso, fraternidad, igualdad, libertad, honor y sacrificio como móviles y normas de la conducta social; así como confraternidad de principios y voluntad de erradicar los enfrentamientos de las facciones.

Esas palabras simbólicas se pueden sintetizar en tres conceptos: libertad responsable, dignidad y progreso. Conceptos que conforman la esencia de un sistema personalista y que se proyectan sobre el ámbito político, económico y social.

Así, el ideal personalista de nuestra Constitución imponía la libertad política traducida en la participación del pueblo en la designación de los gobernantes; en la distribución de las funciones del poder entre órganos gubernamentales independientes y, a la vez, interdependientes para evitar su concentración y su secuela inevitable que es el despotismo. Esa libertad política fue plasmada en el articulado de la Constitución referente a la organización y el funcionamiento del gobierno.

Ese ideal personalista imponía la libertad económica que, como enseñaba Alberdi, acarrea el progreso económico y, por añadidura, el progreso espiritual y cultural. No se trataba de una libertad individualista o materialista basada en el egoísmo, sino de una libertad económica personalista que confluía en el bien común. La particular protección dispensada a la propiedad privada en el art. 17 de la Constitución y el plan de acción descripto en la cláusula del progreso (art. 75, inc. 18 CN) estaban encaminados a concretar la promoción del bienestar general mencionado en el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental.

Las libertades política y económica debían, ineludiblemente, ser acompañadas por la libertad en el ámbito social. Recordemos que una de las palabras simbólicas del Dogma Socialista era la organización de la patria sobre la base democrática y que, para Echeverría, la democracia no era una simple forma de gobierno sino un estilo de vida, la esencia de un gobierno conformado para el logro del bien común. Una estructura que permitiera a todos la más amplia y libre posibilidad de disfrutar de sus derechos naturales. Esa libertad no equivalía al libertinaje porque el ejercicio de los derechos debía adecuarse a la ley natural, reflejada en la ley positiva, para satisfacer el bien común.

En síntesis, la libertad social importaba un estilo de vida basado sobre el cumplimiento de la ley, la tolerancia, el respeto recíproco, el pluralismo, la educación y sin mengua de la debida consideración que merecía la cuestión social. Cuestión social que Segundo V. Linares Quintana bautizó con el nombre de "constitucionalismo social", y que estuvo presente en nuestros más remotos antecedentes constitucionales.

Es evidente que la Constitución de 1853/60 respondió a la concepción personalista propiciada por sus autores y la dirigencia social y política. Era una idea política dominante en tales sectores, aunque no podemos sostener con certeza que ella imperaba en la sociedad. Podríamos afirmar que era una idea dominante en la sociedad si aceptamos que la Constitución de 1853/60 fue consecuencia del legado criollo en la conformación de la identidad argentina.

Pero, incluso aceptando que la idea personalista tenía carácter dominante en la dirigencia social y política, aunque no en la sociedad, el prestigio y representatividad que tenía esa dirigencia gravitó para que su idea dominante fuera aceptada por el pueblo.

Si bien es cierto que, al tiempo de ser sancionada la Constitución existía una amplia brecha entre el orden político y el orden constitucional, también es cierto que, en los siguientes sesenta años, ella se redujo sensiblemente. Bajo la inspiración del

ideal personalista se registró una intensa evolución progresista en el país. Se estaba concretando el vaticinio de fray Mamerto Esquiú cuando decía: "La acción de la carta constitucional es vastísima y se halla en oposición casi a toda la actualidad de la República; es una savia que tiene que penetrar enmarañadas y multiplicadas fibras, que necesita mucho tiempo para vivificar to talmente el sistema".

Durante ese lapso se incrementó la libertad en el ámbito político. Mitre organizó al Poder Judicial e integró la Corte Suprema de Justicia cuya composición fue rigurosamente respetada hasta 1947. Comenzaron a surgir fuerzas políticas organizadas en torno de principios y figuras carismáticas que distaban de ejercer un liderazgo similar al de los caudillos populistas del pasado. Durante sesenta años el país fue gobernado por una elite política abierta a la movilidad social y reacia a la estratificación, y si bien la libertad política presentaba importantes falencias destacadas por los propios integrantes de esa elite, como Carlos Pellegrini, existía una firme voluntad política para erradicarla.

Una muestra elocuente fue la sanción, en 1912, de la ley Sáenz Peña para garantizar la libertad del sufragio y asegurar la representación política de las minorías. La riqueza de los debates en las cámaras del Congreso que precedieron a la sanción de la ley puso de manifiesto la firme decisión de la dirigencia política en ese sentido, y a pesar de los reparos expuestos por Julio Argentino Roca (h.), para quien el país no estaba culturalmente preparado para asimilar los efectos de aquella ley. Ese incremento de las libertades políticas fue uno de los factores que trabó el desarrollo de las corrientes transpersonalistas representadas por el anarquismo y el marxismo.

También fue significativo el crecimiento de la libertad económica, con el consiguiente desarrollo y progreso del país. La instalación de redes ferroviarias, la construcción de puentes y caminos, las líneas telegráficas, la colonización agraria, la exportación de productos agropecuarios, la promoción de ciertas industrias como la azucarera y textil, la instalación de fábricas, la regulación legal de la actividad comercial, el aporte de los hábitos económicos y capitales de la inmigración europea, la política del libre cambio sin perjuicio de la desprotección que representó para las economías regionales, impulsaron al país a alturas inimaginables sesenta años antes y permitieron superar los efectos de la crisis de 1888. Existían asignaturas pendientes, pero el proceso evolutivo basado sobre la libertad permitía presagiar su cumplimiento.

La libertad social no quedó a la zaga. Sarmiento había impulsado, como nadie lo había hecho hasta ese entonces, la educación popular para que "la montonera no se levante" y "para que no haya vagos". Fundó colegios nacionales en varias localidades del país, el Colegio Militar de la Nación, la Escuela Naval Militar, y otorgó primacía al progreso intelectual y moral como instrumento para concretar un progreso económico global y justo. Su obra fue continuada por los sucesivos gobiernos nacionales y provinciales. En el ámbito universitario, Joaquín V. González se esmeró por difundir la cultura democrática.

El aporte inmigratorio fomentado por la generación de 1837, y a pesar de los reparos expuestos por ciertos sectores estratificados de la generación de 1880, fue concretado bajo el manto protector del art. 20 de la Constitución. La inmigración fue espontánea, atraída por la libertad y el progreso que no podía disfrutar en su tierra natal. La cuestión social no fue dejada de lado, como lo demuestra el proyecto de Código del Trabajo que elaboró Joaquín V. González durante la segunda presidencia de Roca. Sus disposiciones fueron incorporadas a las leyes laborales sancionadas durante este período, en algunas de las cuales se inspiró Alfredo Palacios.

#### 68. Reforma constitucional de 1866

El texto constitucional de 1853 establecía, en su art. 4º, que entre otros recursos, los fondos del tesoro nacional se integraban con los "derechos de importación y exportación". En el texto definitivo de 1860, se agregó que la titularidad de esos derechos se extendía hasta el año 1866.

Asimismo, en el texto de 1853, el actual art. 75, inc. 1º, entonces art. 67, inc. 1º, disponía que el Congreso podía establecer los derechos de importación y exportación. En 1860 se acordó mantener la referencia a los derechos de importación y se agregó que también podía "Establecer igualmente los derechos de exportación hasta 1866, en cuya fecha cesarán como impuesto nacional, no pudiendo serlo provincial". Esta prohibición de gravar las exportaciones registra su fuente en el art. 1º, Sección IX, apartado 5º de la Constitución de los Estados Unidos de América.

En 1866, los partidarios de la reforma constitucional consideraban que la caducidad que preveía la Constitución iba a reducir considerablemente los recursos que la Nación necesitaba para afrontar la guerra con el Paraguay, cuya finalización era incierta.

Se oponían a la reforma las provincias del litoral, particularmente Entre Ríos y los autonomistas de Buenos Aires, porque la caducidad del gravamen beneficiaba el flujo de sus productos al exterior preservando el federalismo como consecuencia de la riqueza y progreso de las provincias productoras de bienes exportables.

El 12 de septiembre de 1866 la Convención Reformadora convocada para suprimir del texto constitucional la referencia a la caducidad que se iba a operar ese año respecto de los derechos de exportación así lo dispuso.

El art. 4º de la Constitución recibió el contenido que tiene en la actualidad. En cuanto al entonces art. 67, inc. 1º, se suprimió la cláusula incorporada en 1860 que imponía la caducidad de los derechos de exportación.

En definitiva, y sin límite temporal, el Congreso quedaba facultado para establecer derechos de exportación, cuyos fondos ingresaban al tesoro nacional, sin que ese gravamen pudiera ser fijado por las provincias ni coparticipable con ellas.

Como hemos visto, el art. 1º, Sección IX, apartado 5º, de la Constitución de los Estados Unidos de América establece que es inviable aplicar derechos o impuestos

sobre las exportaciones de bienes, sin que interese que el monto del gravamen sea ínfimo. Los bienes destinados a la exportación están sujetos a todas las tributaciones impuestas a bienes similares que no se producen con ese destino, pero no puede ser gravado el acto de la exportación. En tal sentido, la Corte Suprema de ese país tuvo oportunidad de declarar la invalidez de los impuestos federales establecidos sobre los conocimientos de embarque extranjeros, las pólizas que aseguran la carga durante el trayecto de la exportación y sobre los contratos de flete para el transporte de mercaderías hacia el exterior(22).

El objetivo es fomentar la producción de esos bienes cuya exportación acarrea un incremento en la comercialización local, con el consecuente incremento de la recaudación fiscal local.

#### 69. Reforma constitucional de 1898

La Convención Reformadora constituida en Buenos Aires el 24 de febrero de 1898 resolvió modificar los actuales arts. 45 y 100 de la Constitución.

El art. 45, antes de la reforma establecía que correspondía elegir un diputado "por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil".

Considerando que la rigidez de la cláusula conducía a un desmesurado incremento del número de diputados nacionales, los convencionales decidieron que el número de diputados era de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de diez mil quinientos. Asimismo, para dotar de mayor flexibilidad al texto constitucional y evitar que la causa de la reforma se presentara nuevamente, resolvieron que "Después de la realización de cada censo, el congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado".

Es la actual redacción del art. 45, que no ha sido respetada desde 1983. No solamente porque el Congreso no adecuó la representación al incremento de habitantes resultante de los censos nacionales, sino también por otorgar, a los habitantes de algunas provincias, la facultad de nombrar un número de diputados mayor al que le correspondería por la cantidad de personas que residen en sus territorios.

El actual art. 100 de la Ley Fundamental prescribía la existencia de cinco ministerios y el ámbito de la competencia de cada uno de ellos: interior; relaciones exteriores; hacienda; justicia, culto e instrucción pública; guerra y marina.

Sin cambiar el "ministerio constitucional" por el "ministerio legal", los convencionales de 1898 decidieron elevar a ocho el número de ministerios y facultaron al Congreso para deslindar "los ramos del respectivo despacho de los ministros".

La reforma constitucional de 1994, al suprimir el número de ministerios y facultar al Congreso para establecer la cantidad que considere conveniente, sustituyó el "ministerio constitucional" por el "ministerio legal".

## 70. Reforma constitucional de 1949

La reforma de 1949 introdujo amplísimas e importantes modificaciones en el texto constitucional, en función de la ideología política que inspiró la actuación del régimen autoritario imperante en ese momento. Tales reformas configuraron un cambio sustancial en el sistema constitucional argentino que abarcó no solamente la estructuración de los órganos gubernamentales, sino también la fisonomía filosófica del concepto de libertad. La trascendencia institucional de esa reforma permite afirmar que se trató de la sustitución de la Constitución de 1853/60 por una nueva Ley Fundamental.

La concepción autocrática que inspiró la reforma, la alteración del régimen democrático constitucional y el incumplimiento de ciertos requisitos establecidos por el art. 30 de la Constitución motivaron que algunos autores tacharan de inconstitucional la labor de los convencionales de 1949.

La ley 13.233, promulgada el 3/9/1948, disponía que se declaraba la necesidad de reformar totalmente la Constitución, en tanto que la Convención quedaba facultada para "la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de corregir sus disposiciones para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación" (art. 1º). Si al Congreso le corresponde declarar la necesidad de la reforma, debe explicitar cuáles cláusulas deben ser modificadas para satisfacer aquella necesidad, la cual debe ser enunciada por el legislador y no por el convencional. Tal había sido el criterio adoptado con motivo de las reformas constitucionales de 1866 y 1898.

Además de estos obstáculos constitucionales, existían serios reparos democráticos para convalidar la reforma. El primero de ellos consistía en que el objetivo real de la reforma residía en permitir la reelección del entonces presidente Juan D. Perón, tal como lo proclamaron públicamente varios de sus subordinados. A ello se añadía el autoritarismo gubernamental que se tradujo en una serie de hechos concretos. La promoción de un proceso de remoción contra los jueces de la Corte Suprema que habían descalificado la validez de una serie de normas forjadas por Perón cuando fue ministro y vicepresidente del gobierno de facto que provocó la ruptura del orden constitucional en 1943. También la clausura de numerosos medios de prensa por las críticas que emitían en perjuicio de Perón. Otro tanto, la intervención autoritaria en las universidades y la corrupción gestada en la administración pública con los privilegios económicos concedidos a ciertos personajes del régimen. La campaña de odio y resentimiento que se reflejaba en la publicidad oficial. Todos estos factores, y muchos más, decidieron a los convencionales radicales a retirarse del órgano reformador el 8/3/1949, cuando Moisés Lebenson proclamo que "La representación radical desiste de seguir permaneciendo en este debate, que constituye una farsa".

La Convención Reformadora se constituyó el 24 de enero de 1949 y concluyó con su cometido el 11 de marzo de ese año. Su producto fue generado por dos factores: el creciente nacionalismo desarrollado desde 1920 y sujeto a la influencia del fascismo italiano y cierta cuota de resentimiento social propia del nacional-

socialismo alemán, unido todo ello al rechazo irracional de las ideas liberales políticas, económicas y sociales adoptadas fervorosamente por los gestores de la Constitución de 1853/60.

## 71. Reforma constitucional de 1957

El 16 de septiembre de 1955 se inició, en todo el país, un movimiento cívico militar que, bajo el nombre de Revolución Libertadora, se desarrolló con el objeto de deponer al entonces presidente de la República y desarticular el régimen autocrático que había impuesto. Concluyó tres días después con la renuncia de Perón.

El 27 de abril de 1956, bajo la presidencia de facto de Pedro E. Aramburu, el gobierno dispuso mediante una proclama declarar vigente la Constitución Nacional "sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y exclusión de la de 1949". Tal acto fue ratificado por decreto del 1º de mayo de 1956.

El 12 de abril de 1957, mediante el decreto-ley 3838/1957, el Gobierno declaró la necesidad de la reforma constitucional, detalló el temario de la eventual reforma y convocó a la elección de una convención reformadora. Fue la primera vez que un gobierno de facto se arrogó la potestad preconstituyente, aunque no la constituyente.

Para legitimar la convocatoria, el gobierno invocó su carácter revolucionario, que lo diferenciaba de un simple gobierno de facto. Asimismo, en la convocatoria se declaró la necesidad de considerar la reforma parcial de la Constitución de 1853/60, con las reformas introducidas en 1860 y 1898.

La amplitud del articulado que la Convención quedaba habilitada a reformar revelaba que la finalidad de la convocatoria no se circunscribía al simple restablecimiento del texto anterior a la reforma de 1949. Diversos factores gravitaron sobre semejante decisión. Quizás el más importante residía en la división operada en el seno de la Unión Cívica Radical que condujo, a ambos sectores, a introducir cláusulas afines a las contenidas en el texto de 1949 para buscar una aproximación al peronismo que decidiera el triunfo electoral de alguno de aquéllos en los comicios generales previstos para 1958. A ello se añadía el esnobismo constitucional que dominaba en casi todas las fuerzas políticas como consecuencia del renacimiento de las libertades conculcadas a partir de 1946. Ese renacimiento estuvo desprovisto de todo límite, sensatez y autocrítica. Todos se proclamaban más demócratas que el más auténtico de los demócratas, lo que desembocó en una competencia para determinar quién era el más audaz e innovador para abordar la reforma constitucional.

El 30 de agosto de 1957 se inició la primera sesión de la Convención Reformadora de carácter preparatorio. Los representantes de la Unión Cívica Radical Intransigente, cuyo titular era Oscar Alende, decidieron retirarse del recinto. Basaron su decisión en que el gobierno carecía de facultades para abordar una reforma constitucional al margen de su art. 30, porque la Convención solamente podía ser convocada por el Congreso. Entendían que primero se debía normalizar

el funcionamiento de las instituciones, para luego decidir sus integrantes si iban, o no, a ejercer la función preconstituyente que les asigna la Ley Fundamental. Asimismo, reiteraron su plena adhesión al Programa de Avellaneda del 4 de abril de 1945, uno de cuyos redactores había sido Arturo Frondizi. El Programa de Avellaneda, al margen de apuntar a la preservación de las instituciones y libertades políticas, propiciaba una reforma social, la intervención estatal en la economía y educación, el laicismo y un sesgo social-demócrata sin renegar de los valores básicos del liberalismo. En rigor, el programa se aproximaba a los principios que con posterioridad esbozó el peronismo. En ambos casos había un sustento populista, aunque en el Programa Avellaneda no había relación alguna con el sistema fascista que propició y aplicó el peronismo entre 1946 y 1955.

El retiro de los 77 convencionales de la Unión Cívica Radical Intransigente, a los cuales acompañaron los dos convencionales del Partido Demócrata Autonomista Conservador Popular de Corrientes y el único convencional de la Unión Federal, desarticuló la legitimidad de la Convención. De los 208 convencionales elegidos, sólo permanecieron 128, a los cuales en forma inmediata se añadieron otros representantes de grupos por cierto minoritarios, dos por el Partido Laborista y uno por Partido de los Trabajadores.

La labor de la Convención fue tortuosa y breve. Dispuso incorporar, dentro del marco del constitucionalismo social ya esbozado en los documentos constitucionales del Estatuto de 1815 y Reglamento de 1817, el actual art. 14 nuevo o bis. También modificó con la ampliación del actual art. 75, inc. 12, al facultar al Congreso para sancionar los códigos del trabajo y seguridad social.

El 25 de octubre se retiraron de la Convención los radicales sabattinistas del Movimiento de Intransigencia Nacional dirigidos por Mario Roberto y once convencionales del Bloque de Centro. Fue un golpe de gracia para la Convención que, al no contar con el quórum necesario para funcionar, dispuso clausurar sus sesiones el 14 de noviembre de 1957.

## 72. Reforma de facto de 1972

El 24 de agosto de 1972, el gobierno de facto de la Revolución Argentina dictó un estatuto que reformaba la Constitución. Este Estatuto preveía su vigencia hasta el 24 de mayo de 1977, pero si una convención constituyente no decidía su incorporación definitiva al texto constitucional o su derogación total o parcial antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia quedaba prorrogada hasta el 24 de mayo de 1981.

Previamente, el gobierno de facto designó una comisión asesora para el estudio de la reforma institucional. Estuvo integrada por prestigiosos juristas y politólogos: Germán Bidart Campos, Carlos Bidegain, Natalio Botana, Carlos Fayt, Mario Justo López, Julio Oyhanarte, Roberto Peña, Pablo Ramella, Adolfo Rouzaut, Alberto Spota y Jorge Vanossi. A su vez, la Fundación Rizzuto, organizó un ciclo de conferencias en la cual otros distinguidos juristas, como Segundo V. Linares Quintana, César Romero, Carlos Sánchez Viamonte y Sebastián Soler manifestaron su abierta oposición a toda reforma constitucional que se concretara al margen del

art. 30 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de resaltar que ella era absolutamente innecesaria.

La Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional emitió opiniones sobre la viabilidad de la reforma constitucional y sobre el procedimiento de reforma, así como sobre sus fundamentos y contenido. Las opiniones de sus integrantes no fueron unánimes. Algunas de ellas, respondiendo a los objetivos del gobierno, procuraban encontrar una solución política a la gravísima crisis global que afrontaba el país como consecuencia de la presión ejercida por el peronismo —cuya proscripción fue abortada— y por el amplió desenvolvimiento de los grupos terroristas unido al desprestigio de los sucesivos gobiernos cívico-militares. Una vez más, se incurrió en el error de creer que mediante la reforma de la Ley Fundamental por cualquier medio y al margen de la voluntad popular se podía encontrar una solución razonable para aquella crisis. La reforma era la panacea y no el estricto cumplimiento de la Constitución.

Fue la primera vez que un gobierno de facto procedió a reformar directamente la Ley Fundamental, usurpando la función constituyente sin dar intervención alguna al pueblo a través de sus representantes reunidos en una convención reformadora. De todos modos, cabe recordar que esa reforma, manifiestamente inconstitucional, fue aceptada y convalidada por los partidos políticos mayoritarios.

Las enmiendas introducidas en 1972 se limitaron a la parte orgánica de la Constitución. Se unificaron los mandatos de diputados y senadores en cuatro años; se elevó a tres el número de senadores por cada provincia y la Capital Federal, elegidos en forma directa; el mandato presidencial se redujo a cuatro años, al tiempo que se permitió su reelección por un período; la elección era directa y por mayoría absoluta de votos; el juicio político para los jueces de los tribunales inferiores debía desarrollarse ante un jurado integrado por miembros de los poderes Legislativo y Ejecutivo y por abogados; la duración de los mandatos de los legisladores y gobernadores provinciales debía ser igual al de los cargos correlativos nacionales y su elección, simultánea con la de éstos. Además, se preveían importantes modificaciones destinadas a brindar mayor agilidad a la actuación del Congreso.

Estas reformas, con la salvedad de las electorales, aplicadas en los comicios de 1973, en la práctica no tuvieron vigencia y caducaron formalmente en 1981. Muchas de ellas fueron reincorporadas con la reforma constitucional de 1994, a través de la propuesta concretada por el radicalismo en el Pacto de Olivos celebrado entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín.

## 73. Reforma constitucional de 1994

Dejando al margen la reforma de 1972 por su manifiesta inconstitucionalidad, a pesar de haber sido avalada por algunos dirigentes políticos que, en 1994, se esmeraron por incorporar el actual art. 36 de la Ley Fundamental, lo cierto es que a partir del año 1957 permanentemente se expresaron voces que propiciaban la reforma de la Constitución Nacional. En ciertos casos, respondían a transitorias pasiones políticas y, en otros, a concepciones ideológicas transpersonalistas

totalmente extrañas a la doctrina humanista o personalista que nutre la Constitución vigente.

El proceso propiciando la reforma constitucional adquirió carácter oficial cuando el presidente Raúl Alfonsín decidió crear el Consejo para la Consolidación de la Democracia, mediante el decreto 2446/1985 del 24/12/1985.

En 1987 el Consejo presentó un informe destacando la conveniencia de una reforma parcial de la Constitución.

La obra proyectada por la Comisión se frustró cuando, después de los comicios de 1987, el partido político gobernante quedó desprovisto de las mayorías necesarias para impulsarlo. De todas maneras, gran parte de las propuestas de ese Consejo fue incorporada por la Convención Reformadora de 1994.

Ninguno de esos proyectos llegó a la etapa previa de convocatoria a una convención reformadora. La sanción de la ley 24.309, el 29/12/1993, revirtió dicha situación aunque estuvo precedida y seguida por un proceso político cuyas anomalías resintieron seriamente la legitimidad de la reforma que, solamente con el transcurso del tiempo y el acatamiento de la ciudadanía, será posible revertir.

Dos importantes figuras de la política argentina, Raúl Alfonsín y Carlos Menem, arribaron sorpresivamente a un acuerdo el 14 de noviembre de 1993 sobre el contenido que debía tener la reforma de la Constitución. En el llamado "Pacto de Olivos", concertado sin debate previo, sin publicidad, sin conocimiento de la ciudadanía y a espaldas de los partidos políticos que aquéllos representaban, quedaron especificados los temas para la reforma.

Ese acuerdo, que posteriormente mereció la aprobación impuesta coercitivamente por las estructuras partidarias de aquellas figuras políticas, fue sometido a la Cámara de Diputados que, tras un breve y superficial debate, procedió a su aprobación. Otro tanto hizo el Senado, aunque con una ligera modificación respecto de la duración del mandato de quienes integran ese cuerpo. Finalmente, fue promulgada la ley 24.309.

En virtud de ella, y tal como constitucionalmente corresponde, la ciudadanía fue convocada a un acto comicial. En ese acto, según las opiniones vertidas por prestigiosos analistas del comportamiento electoral, la votación estuvo más encaminada a premiar o castigar a ciertos dirigentes y partidos políticos que a emitir un juicio sobre la eventual reforma constitucional y su contenido.

A ello se añadió un total desconocimiento, por parte de la ciudadanía, no solamente sobre el contenido de la reforma propuesta, sino inclusive sobre los alcances y valores de la Constitución. Todo parecía circunscribirse al problema de la reelección presidencial con explícita referencia a la persona que ejercía la presidencia de la Nación y a la necesidad de preservar el protagonismo político por parte de un ex presidente de la República.

Esa situación resintió la legitimidad del proceso reformador con los alcances asignados por la ley 24.309, porque el concepto de legitimidad es de carácter

político y no aritmético. Refleja un consenso manifiesto del pueblo sobre la oportunidad y necesidad de introducir ciertas modificaciones en la Constitución para suprimir los obstáculos que impiden alcanzar los fines perseguidos por una comunidad nacional. Pero mal puede existir ese consenso cuando no se conoce debidamente la Constitución ni el contenido y efectos de la reforma propiciada.

La Convención Reformadora comenzó a funcionar el 25 de mayo de 1994 y concluyó su labor con la sanción de las reformas y la redacción del texto constitucional ordenado, que fue publicado en el Boletín Oficial del día 23 de agosto de 1994, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación.

Con la reforma de 1994, la Constitución está integrada por 129 artículos, o si se quiere 130 con la inclusión del art. 14 nuevo, al tiempo que está complementada por 17 disposiciones transitorias de vigencia limitada.

Es una reforma importante por su extensión, con la salvedad de la de 1860 y la breve vigencia de la Constitución neo-fascista de 1949. Pero no es una reforma necesariamente importante por su contenido, ni tampoco puede ser presentada como generadora de una nueva constitución.

Ella no altera la finalidad de la Constitución de 1853/60, de modo que es incorrecto hablar de una nueva constitución y sí de un texto reformado con el cual el país afrontará la problemática del siglo XXI. Prosigue siendo una Constitución personalista, cuyo único objetivo es concretar la libertad y la dignidad del ser humano como máximos valores en una escala axiológica a los cuales se subordinan la grandeza del Estado, la superioridad de una clase social y cualquier otro valor transpersonalista autoritario.

La inclusión de presuntos nuevos derechos y garantías en realidad no es tal. Todos ellos ya estaban previstos con amplia generosidad, explícita o implícitamente, en el texto anterior. Pero la inserción constitucional de algunas modalidades de esos derechos preexistentes obliga a efectuar un intenso y honesto esfuerzo interpretativo para evitar el absurdo de que se otorgue a ciertos derechos, en el ámbito individual o social, mayor jerarquía que a los restantes. Todos ellos son, en definitiva, la institucionalización de diversas manifestaciones de una especie única: la libertad y la dignidad del ser humano, que imponen el deber de armonizarlos mediante leyes reglamentarias.

En la organización del gobierno, la reforma fundamental reside en ampliar los poderes del presidente de la República y permitir su reelección inmediata, al tiempo que se reduce el mandato a cuatro años. Podrá dictar decretos de necesidad y urgencia sobre materias legislativas y, con autorización del Congreso, sancionar leyes como acontece en algunos sistemas parlamentarios europeos. Ese incremento de poderes conlleva asignar al Congreso una importante responsabilidad de control que, si no claudica de sus atribuciones por lealtades partidarias, permitirá preservar el equilibrio de los poderes como garantía eficaz para evitar la concentración del poder en el presidente, con su secuela inevitable de ejercicio abusivo y autoritario.

Se mantiene la forma federal de Estado, con reformas impositivas y económicas cuyas bondades dependerán de una prudente y eficaz legislación reglamentaria. Asimismo, se asigna autonomía a la ciudad de Buenos Aires, que tendrá su propio gobierno político aunque, mientras siga siendo capital de la República, su poder será limitado por la ley del Congreso que se sancione para garantizar los intereses del Gobierno nacional.

Superada la euforia constituyente y el esnobismo constitucional que inspiraron la reforma, es necesario que se imponga el equilibrio merced a una prudente y correcta interpretación de sus cláusulas, objetivo no concretado hasta el presente. Una vez más, ello será posible a través de la educación del ciudadano y del ejemplo ético de los gobernantes. Porque una Constitución no es solamente una ley fundamental sino, antes que ello, un símbolo nacional que explicita los fines de la sociedad argentina y un instrumento de gobierno que debe ser cumplido fielmente para la plena vigencia de un Estado de Derecho.

Nada mejor, a tales fines, que tener presentes las sabias palabras pronunciadas por fray Mamerto Esquiú al ser jurada la Constitución en 1853 en la Iglesia Matriz de Catamarca: "Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos". Plausible recomendación que apunta a la vigencia del Estado de Derecho, con su secuela de seguridad jurídica, mediante el estricto cumplimiento de las leyes, por el cual deben bregar, sin claudicaciones, tanto los gobernantes como los gobernados.

(1) Fallos CS 77:327; 120:393 y 402.

(2) Fallos CS 111:330; 114:298; 115:174 y 210:540.

(3) Fallos CS 21:130 y 200:490.

(4) Entre otros, Fallos CS 212:51 y 249:17; ED del 24/5/2005.

(5) Fallos CS 313:1533.

(6) Fallos CS 178:128.

(7) Fallos CS 242:498.

(8) Fallos CS 239:459.

(9) Fallos CS 310:1393.

(10) Fallos CS 312:805.

(11) Fallos CS 312:496.

(12) Fallos CS 326:1781 y 4816.

(13) Fallos CS 241:296; 247:654.

(14) Fallos CS 249:255.

(15) Fallos CS 312:496.

(16) Fallos CS 312:496.

(17) Fallos CS 75:402; 105:30; 202:373; 206:184.

(18) Fallo del 19/10/2004 en el caso "Cavallo, Domingo F." (Fallos CS 327:4376; LA LEY, 2005-B, 63), cuya doctrina se relaciona con el voto del juez Fayt en Fallos CS 321:2617.

(19) Casos "The River Plate Fresh Meat Co." (Fallos CS 100:323), "Sardi" (Fallos CS 171:87) y "Degó" (Fallos CS 242:84).

(20) Fallos CS 311:2272. Fue declarada la inconstitucionalidad de normas vigentes en la provincia de Buenos Aires que prohibían a los extranjeros ejercer la docencia en los establecimientos educativos privados.

(21) Fallos CS 242:498; 307:326; 310:2478 y 314:595.

(22) "Fairbank v. United States" (181 US 283); "Thames & Mersey v. United States" (237 US 19); "United States v. Hvoslef" (237 US 1).



### CAPÍTULO III

#### Dinámica del poder constituyente

#### SUMARIO

74. Poder constituyente.
75. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado.
76. Poder constituyente y poderes constituidos.
77. Límites del poder constituyente.
78. Titularidad del poder constituyente.
79. Legitimidad y legalidad del poder constituyente.
80. Reforma constitucional.
81. Procedimiento para la reforma de la Constitución Nacional.
82. Manifestación de la necesidad de reforma. Función constituyente y función preconstituyente.
83. Declaración o ley del Congreso.
84. Actuación separada de las cámaras del Congreso.
85. Quórum y mayoría para declarar la necesidad de la reforma constitucional.
86. Alcances de la declaración de necesidad de la reforma constitucional.
87. El Congreso no puede imponer el texto de la reforma.
88. Convención Constituyente.
89. Requisitos para ser convencional.
90. Constitucionalidad de la reforma constitucional.
91. Nulidad de la reforma constitucional.
74. Poder constituyente

Es la manifestación primaria de las funciones del poder que se ejerce en una sociedad política global, para establecer una organización jurídica y política fundamental y fundacional mediante una constitución, y para introducir en ella las reformas parciales o totales que se estimen necesarias con el objeto de cristalizar jurídicamente las modificaciones que se producen en la idea política dominante en la sociedad.

La doctrina del poder constituyente, sistematizada por Emmanuel Sieyès, constituye la expresión de una de las técnicas fundamentales concebidas por el movimiento constitucionalista para evitar la concentración del poder y la restricción arbitraria de las libertades naturales del ser humano. Es una

proyección de la doctrina de Montesquieu sobre la separación de las funciones ordinarias del gobierno.

El mérito indiscutible de Sieyès residió en ofrecer una explicación racional de un fenómeno latente en el pensamiento político desde la antigüedad, y cuyo objetivo consistía en dotar de seguridad a la convivencia social. Entendía que era imposible crear una entidad y concretar los fines cuyos logros se pretendían con ella, sin una previa organización.

La nación, como comunidad humana preexistente, decide formar una sociedad política, a la cual le asigna un objeto. Esa sociedad política será el Estado como una de las especies del género "organización política global". Pero, para poder crear el Estado, la voluntad de la nación debe concretar la organización de esa sociedad política. Mediante tal organización, la comunidad se incorpora a la sociedad política y establece una estructura que regule su funcionamiento a fin de dar cumplimiento a los objetivos determinantes de la decisión adoptada por la nación al insertarse en la sociedad.

Esa estructura es impuesta por la constitución que, a su vez, es el fruto del ejercicio de un poder constituyente originario cuya titularidad reside en la nación. En cuanto a los contenidos de la constitución, ellos serán precisados en función de la idea política dominante en la nación, que se proyecta sobre los objetivos atribuidos a la sociedad política global.

El ejercicio de la función constituyente, en su etapa originaria, es anterior a la formación de una sociedad global políticamente organizada y tiene por objeto dar nacimiento a esa sociedad y dotarla de su organización básica. En este aspecto resalta el carácter fundacional del acto constituyente originario, que es consecuencia de la decisión adoptada por los componentes de un grupo social políticamente inorgánico para gestar una nueva entidad política global perdurable, en cuyo marco se desarrollará la vida social conforme a las reglas jurídicas que se establecen a tal efecto.

El ejercicio de la función constituyente, como manifestación del poder político, se traduce en la formulación de reglas jurídicas cuyo contenido, al establecer una relación de mando y obediencia, no difiere del asignado a las restantes reglas del derecho. Sin embargo, su carácter fundacional le asigna naturaleza supralegal a sus frutos normativos y condiciona la validez de todas las normas y comportamientos que se expresen dentro de la sociedad global. Se traduce en el principio de supremacía constitucional.

Pero la función constituyente no se agota con su etapa fundacional. Ella se proyecta sobre los sucesivos actos constituyentes con los cuales, y a pesar de no tener carácter originario, se procura reformar, aclarar o sustituir el acto constituyente originario.

En ambos casos, ya se trate del poder constituyente originario o del poder constituyente derivado, nos encontramos en presencia de la manifestación de una potestad extraordinaria y suprema.

El poder constituyente es extraordinario porque, a diferencia de los poderes constituidos del gobierno, que son ordinarios y permanentes, la función constituyente solamente se ejerce, y con exclusividad, para dictar o reformar una constitución. Una vez cumplida su misión, la función constituyente entra en receso.

El poder constituyente es supremo porque configura la máxima manifestación del poder político, a través de un acto de autoridad que crea y delimita los poderes constituidos del gobierno que están subordinados al acto constituyente.

En su manifestación originaria, el poder constituyente es incondicionado, porque no está sujeto a regla jurídica alguna, ya sea de fondo o de forma. En cambio, en el poder constituyente derivado, esa característica no presenta igual intensidad, porque su ejercicio sólo es procedente previo cumplimiento de las reglas impuestas en la etapa originaria.

La consecuencia práctica de la doctrina del poder constituyente y la manera efectiva de asegurar la supremacía y superlegalidad del acto constituyente es la distinción y separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Se trata de otra de las tantas técnicas forjadas por el movimiento constitucionalista para preservar la libertad y dignidad del hombre como secuelas de la seguridad jurídica.

La separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos es una de las herramientas fundamentales del movimiento constitucionalista destinada a establecer una constitución y ubicarla fuera del alcance de los órganos gubernamentales ordinarios, al limitar sus atribuciones y determinar los ámbitos de la vida individual y social que no pueden ser afectados por su acción.

Cuando nos referimos al poder constituyente o función constituyente del poder, tanto en su manifestación originaria como derivada, estamos describiendo el poder constituyente de una organización política global. Pero, en la estructura adoptada por algunas de ellas, advertimos una descentralización del poder que alcanza, parcialmente, al poder constituyente. Tal es el caso de las provincias en un Estado federal, donde se les reconoce a ellas el ejercicio del poder constituyente.

Sin embargo, ese poder no es soberano como el de la organización política global, sino autónomo y subordinado, tanto al poder constituyente originario como al derivado que se expresa en el Estado federal. Es una especie de poder constituyente de segundo grado, desprovisto de soberanía y acotado, en el ámbito de su aplicación, a los límites establecidos por la voluntad originaria o derivada de la nación.

#### 75. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado

El poder constituyente se puede manifestar en forma originaria o derivada. Es originario cuando importa la fundación de una sociedad política global y establece su organización política y jurídica fundamental, sin atenerse a reglas positivas preexistentes. Es derivado cuando con el acto constituyente se modifica, total o

parcialmente, la organización política y jurídica resultante de una constitución preexistente y conforme a los procedimientos establecidos por ella.

En su etapa derivada, el poder constituyente participa de la naturaleza que tiene en su etapa originaria. Se trata, en ambos casos, de un mismo poder constituyente cuyas diferencias no están dadas por su naturaleza sino por los alcances de su ejercicio. El poder constituyente originario es ilimitado, mientras que, el derivado sólo se puede ejercer dentro de los límites resultantes del anterior.

#### 76. Poder constituyente y poderes constituidos

La técnica de la separación de los poderes constituidos, o separación de las funciones ordinarias del poder o distribución de tales funciones ordinarias entre diversos e independientes órganos gubernamentales, fue esbozada por John Locke, formulada por Montesquieu y complementada, en el siglo XX, por Karl Loewenstein con su teoría de los controles horizontales —intraórgano e interórganos— y verticales del poder. Se trata de uno de los aportes fundamentales del secular movimiento constitucionalista para evitar la concentración del poder en su ejercicio y, por añadidura, su manifestación lesiva para la libertad y dignidad del ser humano.

Los contenidos de esa división o separación de poderes se aplican también a la que media entre el poder constituyente y los poderes constituidos. El primero, sobre la base de la idea política dominante, forja la estructuración del Estado o la organización política global. Los segundos se limitan a reglamentar los contenidos emanados del primero sin alterarlos.

La separación y clara distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos es una característica esencial y propia del Estado de Derecho. Trasladada a la convivencia política y social, es una técnica propia de los sistemas democráticos constitucionales producidos por el movimiento constitucionalista, y sujeta a los embates permanentes de quienes son partidarios de los sistemas absolutistas o autocráticos.

Para Sieyès, autor de la doctrina del poder constituyente, toda constitución es fruto del poder constituyente ejercido por la nación y no de los poderes constituidos. Tal conclusión traía aparejada, necesariamente, la supremacía de la constitución —fruto del poder constituyente— sobre las normas ordinarias —productos de los poderes constituidos—.

Sin embargo, y con anterioridad, los contenidos de esa doctrina fueron empíricamente expuestos en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 sobre la base de las regulaciones contenidas en las constituciones de los estados locales. Fue una creación pragmática sobre la cual no cabe asignar gravitación alguna al pensamiento de Rousseau. En su Contrato social, la norma legislativa y la norma constitucional siempre emanaban de la voluntad general sin un orden jerárquico. En cambio, probablemente gravitó sobre los colonos del norte de América el Agreement of the People inglés de 1647, que establecía una norma superior a la cual quedaban subordinados los poderes del parlamento y de los

futuros representantes de la nación. Otro tanto hacía el Instrument of Government de 1653.

En las constituciones contemporáneas, y desde fines del siglo XVIII, la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos es una fórmula inseparable del sistema político democrático constitucional.

#### 77. Límites del poder constituyente

La distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado tiene estrecha relación con los problemas que se plantean para determinar los límites del poder constituyente.

Las soluciones varían según se adopte un enfoque jurídico positivista o un enfoque iusnaturalista para la determinación de los límites del poder constituyente, ya sea en su etapa originaria o derivada.

El poder constituyente originario, en cuanto importa la fundación de una sociedad política global y el establecimiento de una organización jurídica y política primaria, no está condicionado ni limitado por un ordenamiento constitucional anterior que, en rigor, resulta inexistente. En su etapa fundacional, la potestad del poder constituyente es amplia y discrecional por cuanto no existe una norma positiva anterior que establezca límites para su ejercicio.

Pero si bien a través de un enfoque jurídico positivista el poder constituyente originario no tiene límites, la solución varía si se aplica un enfoque iusnaturalista. Conforme a este último enfoque, el poder constituyente originario no tiene límites de derecho positivo, pero está sujeto a las restricciones emanadas del derecho natural.

Ninguna ley positiva puede limitar el poder constituyente originario de modo de establecer la forma y alcances del acto fundacional de una sociedad política. Sin embargo, la libertad, la dignidad, la justicia y otros valores absolutos provenientes del derecho natural están por encima del poder constituyente originario y establecen un límite para su desenvolvimiento discrecional.

En esta concepción iusnaturalista se enrola el movimiento constitucionalista, al proclamar como finalidad y justificación básica de toda constitución el resguardo para la libertad y dignidad del hombre. De modo que la legitimidad y la validez del ejercicio del poder constituyente originario están condicionadas al reconocimiento positivo de aquellos valores.

Los eventuales límites para el poder constituyente originario también pueden provenir de un enfoque político o sociológico.

En la medida que un Estado se incorpore a organizaciones internacionales que, paulatinamente, se desenvuelven hacia las conformaciones de entidades supraestatales, se entiende que su poder constituyente está sujeto a los compromisos políticos contraídos en los tratados internacionales y a las normas generales del derecho internacional. Semejante limitación sólo es verificable si,

como consecuencia de la interrelación de las organizaciones políticas globales, se opera un desmembramiento del carácter soberano que presenta el poder de ellas.

Sociológicamente, el poder constituyente originario estaría limitado por la idea política dominante en la sociedad. No sería viable la organización política de una sociedad conforme a normas jurídicas que distaran de reflejar sus sentimientos y objetivos. En tal caso, en función del resultado obtenido, el ejercicio del poder constituyente carecería de legitimidad y la constitución probablemente dejaría de tener vigencia en el curso de un proceso de desconstitucionalización gestado por gobernantes y gobernados.

Difiere sustancialmente la situación en que se encuentra el ejercicio del poder constituyente derivado, cuyos límites también son jurídicos, de derecho positivo. Jurídicamente está limitado por la constitución vigente en cuanto al procedimiento y condiciones que ella establezca para tornar positivamente viable la reforma de la Ley Fundamental. Además, otra limitación puede resultar de las cláusulas pétreas, expresas o tácitas, establecidas por el acto constituyente originario. Por último, si aceptamos el enfoque iusnaturalista, a estas limitaciones se añadirán las establecidas por el derecho natural, con igual alcance al que tienen frente al ejercicio del poder constituyente fundacional, y otro tanto los de naturaleza política o sociológica.

#### 78. Titularidad del poder constituyente

La titularidad del poder constituyente está determinada por la idea política dominante en la sociedad.

En los sistemas políticos teocráticos y absolutistas de la antigüedad, la titularidad del poder constituyente residía, en forma directa o indirecta, en la persona del gobernante, ya sea porque revestía carácter divino, o porque esa potestad le había sido conferida por la divinidad de la cual era el único y auténtico representante.

Algo similar acontece en los sistemas políticos absolutistas, particularmente desde el siglo XVIII cuando se desarticula la doctrina del poder divino de los monarcas. En ellos, la total concentración del poder, incluido el poder constituyente, se materializa en un individuo o grupo de individuos que monopolizan su ejercicio con prescindencia de los restantes integrantes de la comunidad. Tal situación obedece a una idea política dominante que la avala y que resulta incuestionable. ¿Quién puede negar que Hitler o Stalin eran titulares del poder constituyente? No era necesario acudir al velo de la soberanía del pueblo o de la nación, como sí lo fue en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas con posterioridad a la muerte de Stalin. La titularidad del poder constituyente residía exclusivamente en el partido comunista, cuyos componentes integraban los diversos órganos gubernamentales en su representación y de una clase social excluyente —los trabajadores— e inorgánica.

Como el debate sobre la titularidad del poder constituyente se relaciona con el debate sobre la titularidad del poder, la respuesta siempre estuvo determinada por la idea política dominante en la sociedad durante el curso secular de su historia. Si

nos remontamos a fines del siglo XVIII, advertiremos que, para Rousseau la titularidad del poder residía en el pueblo, como sinónimo de la voluntad general. En cambio, Sieyès, la encontraba en la nación que era el conjunto de asociados, iguales en derechos y libres en sus comunicaciones y compromisos, cuya organización constitucional generaba el surgimiento del pueblo que, a igual que los gobernantes, quedaba sujeto a la ley.

En un sistema democrático constitucional, la idea política dominante nos indica que la titularidad del poder en general, y del poder constituyente en particular, reside originariamente en una comunidad nacional, en el pueblo o en un conglomerado humano inorgánico que adopta la decisión política de organizarse por obra de sus representantes espontáneos o dirigentes.

Una vez conformada la organización, la titularidad nominal del poder constituyente proseguirá residiendo en el conjunto que conforman las personas, pero la titularidad real la detentará un órgano del gobierno al cual, por obra de la constitución fundacional, se le asigna tal función con carácter representativo. En otras palabras, la titularidad residirá en la comunidad nacional, en el pueblo o en el elemento humano que conforma la organización política global, pero su ejercicio estará a cargo de un órgano de gobierno representativo.

#### 79. Legitimidad y legalidad del poder constituyente

La titularidad del poder constituyente se relaciona, asimismo, con los conceptos de legitimidad y validez de la constitución concebida como producto del acto constituyente.

La legitimidad es un concepto esencialmente político que está determinado por la comunidad en función de la idea política dominante adoptada por ella. Tiene legitimidad todo aquello que es aceptado por estar de acuerdo con la idea política dominante. Así, la legitimidad de una constitución no dependerá solamente de la reproducción de los contenidos existentes en la idea política dominante, sino también de ser ella consecuencia de la acción desplegada por el sujeto al que esa idea política dominante le asigna la titularidad del poder constituyente.

Una constitución, aunque su aprobación sea obra de un referéndum o plebiscito, carecerá de legitimidad si no refleja cabalmente las necesidades y aspiraciones permanentes de una sociedad, junto con las soluciones que deberán ser instrumentadas para satisfacerlas.

Asimismo, una constitución sancionada con prescindencia de la intervención de los ciudadanos, aunque reproduzca la idea política dominante en la sociedad, no podrá tener legitimidad en un sistema democrático constitucional, porque la concepción que impera en él no admite la sustitución de la comunidad nacional pueblo en su condición de titular del poder. Una constitución carente de legitimidad es una construcción jurídica precaria destinada al fracaso por estar desprovista del consenso social indispensable.

Mientras que la legitimidad de una constitución no puede ser analizada jurídicamente, su validez tampoco puede ser objeto de una consideración política. El concepto de validez es esencialmente jurídico y la validez de una constitución depende exclusivamente de su adecuación al orden jurídico preexistente y, en su caso, conforme al enfoque iusnaturalista, al derecho natural. La falta de validez jurídica de una constitución influye en su legitimidad en un Estado de Derecho, pero su calificación es determinada solamente por elementos jurídicos.

#### 80. Reforma constitucional

La eficacia de una constitución depende de su perdurable adecuación a la realidad social y política, de su capacidad para interpretar las necesidades y objetivos de una sociedad y de su aptitud para suministrar los instrumentos idóneos destinados a satisfacer las aspiraciones razonables de los integrantes de la comunidad política. Debe procurar ser la exacta manifestación de la idea política dominante en la sociedad y la herramienta apropiada para alcanzar las metas que motivaron la organización social.

Sin embargo, por más perfecta que sea una constitución, el orden político solamente reproduce parcialmente el modelo escrito en el texto constitucional. Ante esa realidad, y para lograr una coincidencia absoluta entre los órdenes político y constitucional, se suele acudir a un enfoque sociológico, según el cual la sociedad tiene su propio ordenamiento normativo resultante del comportamiento que, con prescindencia de toda valoración, está por encima del texto de la ley. Ésta se tendría que limitar a reflejar tales conductas, al tiempo que sería necesaria su reforma cada vez que se advierta un cambio en el comportamiento social.

Consideramos que este enfoque es erróneo y perjudicial para la seguridad jurídica. La obra del constituyente, como toda obra humana, es esencialmente imperfecta. Sólo la soberbia nos puede inducir a creer en la inmutabilidad del texto de una constitución. Pero también sólo esa soberbia nos puede conducir a la solución contraria, a creer, en abstracto, que a través de la reforma de la constitución se conseguirá remediar los males que padece una sociedad, sin indagar previamente en qué medida ello se opone al logro de los fines sociales y en qué medida la reforma perturbará el sistema político y la seguridad jurídica de los habitantes.

Pero la rigidez constitucional no significa que se pretenda establecer una constitución pétrea, que permanezca inalterable frente a la evolución de la vida social y a las variaciones que se operen en la idea política dominante en la sociedad. Una constitución pétrea es una constitución destinada al fracaso, por cuanto no podrá satisfacer los requerimientos provenientes del dinamismo de la vida social.

Esto significa que una constitución, sin caer en el extremo del enfoque sociológico o de su petrificación, debe prever los mecanismos que permitan su adecuación a la realidad, cuando mediante la interpretación resulte imposible alcanzar tal objetivo y siempre que esa realidad esté consustanciada con la idea política dominante.

A este enfoque responde la Constitución Nacional. Es una Constitución escrita, codificada y rígida, cuya perdurabilidad se aspira a concretar mediante una adecuada interpretación de sus cláusulas. Pero cuando esta última resulta insuficiente para colmar las legítimas e intensas necesidades de la sociedad, la propia Constitución prevé su reforma mediante un procedimiento complejo cuyo cumplimiento permite verificar aquella necesidad y el consenso social que la motiva.

El procedimiento para la reforma constitucional está regulado en su art. 30. Pero, con la reforma de 1994, se le asigna al Congreso (art. 75, inc. 22) la facultad de otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Esta disposición no significa que existan dos mecanismos para la reforma constitucional porque, conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos solamente pueden complementar los derechos y garantías que enuncia la Ley Fundamental, pero no derogan artículo alguno de su parte dogmática donde, precisamente, están enunciadas las libertades consagradas por la Constitución de 1853 y sus reformas ulteriores concretadas conforme a su art. 30.

Tampoco derogan la parte orgánica porque, por su naturaleza, los tratados sobre derechos humanos no regulan la estructura gubernamental ni la estatal.

En el sistema constitucional argentino, los tratados y convenciones internacionales están subordinados a la Constitución. Inclusive aquellos que tienen jerarquía constitucional, conforme al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Si alguna de sus normas o si la interpretación de ellas por tribunales internacionales colisionan abiertamente con la Constitución Nacional, corresponde resguardar la supremacía de ésta y disponer la inaplicabilidad de aquéllas. Por otra parte, tengamos en cuenta que, cuando fue sancionada la ley 24.309, ella estableció que no podía la Convención reformadora modificar la primera parte de la Constitución y que cualquier disposición en contrario acarrearía su absoluta nulidad. Pues bien, en esa primera parte está incorporado el art. 30 que regula el procedimiento de reforma constitucional, así como también el art. 27 que insta al Congreso a celebrar tratados siempre que estén de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución.

#### 81. Procedimiento para la reforma de la Constitución Nacional

Siguiendo los lineamientos correspondientes a una constitución rígida, la Constitución Nacional ha previsto el procedimiento para su reforma, asignando el ejercicio de la función constituyente a un órgano diferente al que tiene a su cargo la elaboración de la legislación ordinaria.

El art. 30 de la Constitución dispone que "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por

el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".

En los arts. 30 y 51 del texto constitucional de 1853 se adoptó, con ligeras variantes, el modelo propuesto por Alberdi. Se establecía que: 1) La Constitución no podía ser reformada por el lapso de diez años; 2) la iniciativa para la reforma constitucional correspondía al Senado; 3) la necesidad de la reforma constitucional debía ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara; 4) la propuesta y aprobación de las reformas debían ser hechas por una convención convocada al efecto.

En la Convención bonaerense de 1860, encargada de formular observaciones al texto constitucional de 1853 conforme a lo acordado en el Pacto de San José de Flores, fueron cuestionados dos requisitos impuestos por él.

La prohibición de reformar la Constitución durante diez años respondió al propósito de consolidar su vigencia mediante el engranaje necesario de sus institutos. Buenos Aires no estaba dispuesta a aceptar esa cláusula pues sus representantes no integraron la Convención de 1853. Si bien la provincia aceptó que las reformas que propusiera quedaban sujetas a la eventual ratificación por una convención nacional, sus representantes entendieron que constituía una traba extraña al derecho constitucional comparado, tal como resultaba de las constituciones de los Estados Unidos de América, Chile y de la propia provincia de Buenos Aires. Su mantenimiento "podía ser un obstáculo al desarrollo de la libertad, por la prohibición de enmendar los defectos de la Constitución, que pueden escapar a nuestro examen". Por otra parte, si por el Pacto de San José de Flores se convino la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la corporación para conformar una nueva organización política global, resultaba incuestionable que ella podía requerir la introducción de modificaciones en la Ley Fundamental que no había jurado, aunque sujetas, claro está, a la conformidad de quienes representaran a los pueblos de las provincias.

Tampoco se estimó conveniente mantener el derecho de iniciativa asignado al Senado. Sarmiento expuso que "es una negación verdadera de la soberanía del pueblo, más directamente representada en la cámara de Diputados". En definitiva, se entendió que la iniciativa de la reforma podía tener origen en cualquiera de las cámaras, aunque la decisión final debía ser adoptada por ambas de manera separada.

A raíz de las modificaciones introducidas en 1860 en el texto constitucional, el procedimiento para la reforma de la Constitución Nacional es el siguiente: 1) La necesidad de la reforma constitucional es declarada por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara; 2) la propuesta y aprobación de las reformas son realizadas por una convención convocada al efecto.

Si bien el texto del art. 30 de la Constitución es claro, se han planteado algunas dudas sobre sus alcances, que se disipan fácilmente mediante la aplicación razonable de las reglas de interpretación constitucional.

## 82. Manifestación de la necesidad de reforma. Función constituyente y función preconstituyente

El art. 30 de la Constitución distingue la función constituyente de la preconstituyente y asigna su ejercicio a dos órganos diferentes.

Corresponde al Congreso declarar la necesidad de la reforma constitucional a través de un acto político no susceptible de revisión judicial en cuanto a su contenido material. El Congreso aprecia y valora las circunstancias de hecho, tras lo cual formula un juicio acerca de la necesidad y conveniencia de la reforma constitucional que no es vinculante para la convención reformadora.

Sin embargo, al disponer el funcionamiento del órgano constituyente, el Congreso no ejerce la potestad de reformar la Constitución, porque no está habilitado para introducir modificación alguna en la Ley Fundamental.

Tampoco, a través de una interpretación literal del art. 30, podría atribuirse el rol de convención reformadora porque, en tal caso, estaría desnaturalizando la distinción entre los órganos que ejercen el poder constituido y los órganos que ejercen la función constituyente.

El Congreso se limita a ejercer la función preconstituyente en virtud de la cual declara la necesidad de la reforma y convoca a un órgano extraordinario e independiente del Congreso —la convención— para que ejerza la función constituyente y decida si corresponde modificar la Constitución en los temas enunciados por el Congreso y, en caso afirmativo, para que determine cuál será el nuevo contenido constitucional. Claro está que la Convención puede no reformar la Constitución al desestimar la necesidad declarada por el Congreso.

## 83. Declaración o ley del Congreso

La declaración de la necesidad de la reforma de la Constitución efectuada por el Congreso, ¿debe manifestarse por medio de una ley?

El tema fue ampliamente debatido en el seno de la Convención Constituyente de 1949, así como también por la doctrina constitucional, que se inclina en negar carácter legislativo al acto que declara la necesidad de la reforma constitucional.

Una interpretación literal del art. 30, que es la menos recomendable en materia constitucional, podría avalar el criterio de quienes niegan doctrinariamente naturaleza legal al acto del Congreso que declara la necesidad de la reforma.

Esa norma hace referencia a una declaración del Congreso y no a una ley. Sin embargo, la aplicación de la interpretación sistemática resiente la solidez de aquella conclusión, por cuanto otras disposiciones constitucionales también hacen referencia a declaraciones que se manifiestan mediante actos legislativos. Así, el art. 23 de la Constitución alude a la declaración del estado de sitio que, en el caso previsto por el art. 75, inc. 29, se concreta a través de una ley del Congreso y no de otra especie de manifestación de voluntad.

En una constitución rígida, la interpretación de las cláusulas referentes a la reforma constitucional debe ser restrictiva y propiciar aquellas soluciones que tornen más difícil la modificación de la Ley Fundamental. En tal sentido, parecería más razonable dar participación al Poder Ejecutivo, quien con su veto podría diferir o impedir la declaración de necesidad de la reforma.

Se podrá alegar que, emitido el veto total o parcial, razonablemente las cámaras insistirán en sus posturas mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros. Sin embargo, se trata de una hipótesis que puede aparecer desvirtuada en los hechos, ya sea por la presión popular sobre la cual estaría basado el veto, o porque los legisladores sean convencidos por los argumentos expuestos por el órgano ejecutivo, o porque, en el ínterin, varíe la composición de alguna de las cámaras y no se pueda obtener la mayoría impuesta por el art. 30 de la Ley Fundamental. En estos casos, la falta de insistencia por el Congreso revelará que no existía una real necesidad o conveniencia de introducir reformas al texto constitucional.

En la práctica constitucional, la necesidad de la reforma de la Ley Fundamental siempre fue declarada mediante la sanción de una ley.

Aunque se aceptara que la declaración de necesidad de la reforma constitucional debe emanar de un acto del Congreso que no reviste naturaleza de ley, así como también la orden que se imparta al Poder Ejecutivo para que disponga la convocatoria de los ciudadanos para elegir a los convencionales, ello no significa desconocer toda actuación del presidente de la República en el proceso de reforma.

En el mismo acto declarativo de la necesidad de la reforma, o uno posterior, el Congreso debe establecer el sistema electoral aplicable para la designación de los convencionales constituyentes. Se trata de una función propiamente legislativa cuyo ejercicio incumbe al Congreso mediante una ley que, como tal, está sujeta al control que ejerce el Poder Ejecutivo a través del veto. De modo que, por vía del veto de esa ley, el Poder Ejecutivo podría interferir el proceso de reforma constitucional.

Sin embargo, es posible que el sistema electoral esté contemplado en una ley general anterior que prevea su aplicación inmediata cada vez que se declare la necesidad de la reforma. En este caso, la sanción de la ley electoral no será necesaria y, por ende, será inviable la intromisión del Poder Ejecutivo. Pero, de todas maneras se impone la intervención del Poder Ejecutivo para emitir el decreto de convocatoria a elecciones de convencionales y, sin ese acto, resulta imposible que prosiga el proceso de reforma.

De modo que, en la realidad política, la distinción doctrinaria entre la ley y el acto declarativo pierde consistencia y practicidad, como se evidencia en el carácter legislativo que fue otorgado a todos los actos declarativos de la necesidad de la reforma constitucional.

En razón de advertir los riesgos que trae aparejados una reforma constitucional cuando es impulsada por la irracionalidad de las pasiones políticas o por intereses

sectoriales extraños al bien común de la sociedad, nos inclinamos por la hipótesis que requiere la sanción de una ley propiamente dicha y la viabilidad de su veto por el Poder Ejecutivo. Creemos que esta solución, aunque en un grado relativo, contribuye a fortalecer la perdurabilidad constitucional.

#### 84. Actuación separada de las cámaras del Congreso

Al considerar la redacción del art. 30 de la Ley Fundamental, se plantea la cuestión sobre si las cámaras del Congreso deben actuar separadamente o reunidas en asamblea cuando declaran la necesidad de la reforma constitucional.

Para algunos autores, las cámaras del Congreso deben reunirse para formar una asamblea legislativa en la cual cada uno de los integrantes, ya sea senador o diputado, tiene un voto. De modo que los dos tercios se determinan sobre la totalidad de diputados y senadores reunidos en asamblea. El fundamento de esta posición reside en una interpretación semántica resultante de la referencia genérica al Congreso que tiene el art. 30, y no a las cámaras que la integran, como está expresado en otras partes de la Constitución.

Otros autores sostienen que el silencio que guarda sobre el tema el art. 30 de la Constitución faculta al Congreso para resolver si la declaración de necesidad de la reforma será efectuada por sus cámaras actuando en forma separada o reunidas en pleno en una asamblea legislativa. Inclusive, y a través de una interpretación literal que no compartimos, se llega al extremo de sostener que el propio Congreso se podría autoconvocar como convención reformadora, y absorber tanto la función preconstituyente como la constituyente. Con esta hipótesis se diluye completamente la rigidez de la Constitución, que pasaría a integrar el grupo de las constituciones flexibles.

Por nuestra parte, consideramos que ambas cámaras deben actuar por separado, no solamente porque ello torna más difícil la reforma constitucional, conforme a la tipificación de una constitución rígida, sino también porque en varios artículos de la Constitución se menciona genéricamente al Congreso y a través de una interpretación sistemática se arriba a la antedicha conclusión de que sus cámaras deben actuar separadamente.

Una interpretación sistemática del texto constitucional permite concluir que el principio general en esta materia es la vigencia del bicameralismo, traducido en el funcionamiento separado de ambas cámaras. Las excepciones a ese principio, que se reflejan en el funcionamiento conjunto de las cámaras en asamblea, solamente se concretan cuando están expresamente previstas en la Constitución. Pero entre esas excepciones no está contemplada la situación del art. 30, de modo que la declaración de necesidad de la reforma constitucional debe ser efectuada por los dos tercios de cada cámara actuando en forma separada.

A estos argumentos se añade el resultante de la reforma constitucional de 1860. El texto de 1853 establecía que la iniciativa para la reforma correspondía al Senado, aunque la declaración sobre su necesidad debía emanar del Congreso por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara. En este esquema,

resultaba claramente impuesta la actuación separada de las cámaras del Congreso, por cuanto la iniciativa en materia de reforma constitucional correspondía exclusivamente al Senado. La modificación introducida en 1860 se limitó a suprimir la iniciativa del Senado, aunque mantuvo la esencia de la cláusula constitucional en su redacción anterior que, como lo hemos señalado, establecía implícitamente la actuación por separado de las cámaras del Congreso.

En nuestra práctica constitucional, las cámaras del Congreso siempre actuaron en forma separada cuando se expidieron sobre la necesidad de la reforma.

#### 85. Quórum y mayoría para declarar la necesidad de la reforma constitucional

El art. 30 de la Constitución establece que la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de al menos dos terceras partes de sus miembros. Pero la determinación de las dos terceras partes, ¿debe ser efectuada sobre la totalidad de las bancas, sobre la totalidad de las bancas cubiertas, o sobre la totalidad de los miembros presentes?

Como regla general, el quórum necesario para el funcionamiento de cada cámara del Congreso está previsto en el art. 64 de la Constitución, al disponer que ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros. En tal caso, y también como regla general, la validez de las decisiones de cada cámara requiere la aceptación de la mayoría de los legisladores presentes, siempre que exista quórum, es decir, la mayoría absoluta de sus miembros, que es una fórmula idéntica a la expresada por el art. 30 para el cómputo de los dos tercios.

En ciertos casos, con respeto del quórum del art. 64, la Constitución exige la mayoría especial de los dos tercios, aunque con referencia expresa a los miembros presentes. Así, el art. 53 establece que para la formación de causa para el juicio político se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, y el art. 59 exige una mayoría de los dos tercios de los senadores presentes para dictar el fallo condenatorio en el juicio político. Otro tanto acontece con las situaciones previstas en los arts. 66, 70 y 81, donde también se hace referencia a las dos terceras partes de los miembros presentes.

Estas disposiciones permiten concluir que, en aquellos casos en que la Constitución no alude a los miembros presentes y establece mayorías especiales para la validez de las decisiones de las cámaras del Congreso, tanto el quórum como esas mayorías deberán ser determinadas sobre la totalidad de las bancas o miembros de la cámara.

Esta solución es la que mejor se adecua al carácter restrictivo que tiene la interpretación de las normas referentes a la reforma constitucional en el marco de una constitución rígida. Además, considerando la relevancia que presenta el acto preconstituyente que declara la necesidad de la reforma constitucional, no es razonable que la mayoría se establezca sobre la totalidad de los miembros presentes, porque en una cámara integrada por 100 miembros y con un quórum de 51 legisladores presentes, sería suficiente el voto afirmativo de 34 de ellos, lo que desnaturalizaría la esencia de las mayorías extraordinarias previstas en la

Constitución. Así como la mayoría absoluta para entrar en sesión del art. 64 ha sido integrada por la mitad más uno de la totalidad de miembros, igual criterio se debe aplicar frente a las mayorías extraordinarias que prevé la Constitución, salvo que ella expresamente establezca lo contrario al hacer referencia a los miembros presentes.

La interpretación que propiciamos aparece plenamente convalidada después de la reforma constitucional de 1994. En efecto, si la Constitución exige el voto de la mayoría absoluta del total de los miembros de cada cámara del Congreso en las hipótesis previstas por los arts. 39, 40, 64, 75, incs. 2, 3 y 24, 79, 85, 99, inc. 3, 101 y 114, que versan sobre aspectos de menor relevancia institucional que una reforma de la Constitución, con mayor razón se impone la exigencia de los dos tercios sobre la totalidad de las bancas en el caso contemplado por el art. 30.

De igual manera, si el art. 75, inc. 22, exige que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos sean aprobados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para tener jerarquía constitucional, igual solución debe ser aceptada para que sea viable la declaración de necesidad de reforma constitucional que impone el art. 30 de la Ley Fundamental. Una interpretación sistemática, con la guía del principio de la razonabilidad, conduce a esta conclusión.

Descartada la hipótesis de que el art. 30 de la Constitución se refiere a los dos tercios de los miembros presentes de cada cámara, queda por determinar si esa mayoría alude a la totalidad de bancas o a la totalidad de miembros existentes y efectivamente incorporados a las cámaras.

En 1860, 1898 y 1994, los dos tercios de legisladores que se pronunciaron por la necesidad de la reforma constitucional superaban o equivalían a los dos tercios de las bancas de la cámara que integraban. En cambio, en 1866, esas mayorías se registraron sobre la totalidad de los miembros existentes o incorporados a las cámaras.

Solamente son miembros de un organismo aquellas personas que fueron incorporadas a él. De manera que, cuando el art. 30 menciona a los miembros de las cámaras, solamente se está refiriendo a quienes fueron incorporados a ellas y no a las bancas vacantes. El cómputo de los dos tercios se debe efectuar sobre los legisladores existentes, aunque no asistan a la sesión de la cámara, y no sobre la totalidad de bancas.

Sin embargo, la rigurosa aplicación de este criterio puede desembocar en situaciones complejas, aunque muy poco probables. Tal sería el caso si, de las 100 bancas de una cámara, solamente están cubiertas 67. Para la declaración de la necesidad de la reforma serían suficientes 45 votos. Una minoría equivalente al 45% de las bancas podría ejercer la función preconstituyente.

Consideramos que semejante hipótesis sería inaceptable porque, al margen de las razones políticas que puedan determinar una composición tan precaria de las

cámaras, el órgano carecería de la representatividad razonablemente necesaria para dotar de legitimidad a sus actos.

Pero esta conclusión varía si llegáramos a aceptar que, cuando la Constitución impone mayorías especiales sobre la totalidad de los miembros de las cámaras, éstos no podrán representar una cantidad inferior a la mayoría requerida para conformar el quórum, que se determina sobre la totalidad de bancas.

De todos modos, se trata de una hipótesis improbable al considerar que la legislación electoral permite la designación de legisladores suplentes. Y, aunque así no fuera, una vacancia significativa de las bancas estaría revelando una situación patológica propia de un proceso de desconstitucionalización o el germen de un proceso autocrático.

#### 86. Alcances de la declaración de necesidad de la reforma constitucional

El art. 30 de la Ley Fundamental establece que la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes y que la declaración de necesidad de la reforma debe ser efectuada por el Congreso.

Al ejercer la función preconstituyente, el Congreso se limita a declarar la necesidad de la reforma, con indicación de las partes o artículos de la Constitución que, a su criterio, tendrían que ser modificados para satisfacer las necesidades que motivan su actitud. Toda valoración sobre la necesidad, oportunidad y conveniencia de la reforma es efectuada por el Congreso al ejercer la función preconstituyente, sin perjuicio del examen que sobre el particular realice la Convención Reformadora.

La declaración del Congreso debe ser fundada y precisarse las razones que lo impulsan a sugerir la reforma constitucional y los obstáculos que representan las normas constitucionales vigentes para satisfacer los requerimientos de la sociedad. Se trata de un requisito de índole política republicana cuyo incumplimiento no acarrea la invalidez jurídica de la declaración.

En cambio, y bajo pena de invalidez, ya sea en forma puntual o indirecta, la declaración que emita el Congreso debe precisar los puntos de la Constitución que deberían ser modificados por la Convención Constituyente. Esta última puede aceptarlos o rechazarlos, pero no puede apartarse del temario establecido por el Congreso. Incluso, aunque se declare la necesidad de una reforma total de la Constitución, el Congreso tendría que detallar cuáles son las materias sobre las cuales deberá recaer el ejercicio del poder constituyente derivado porque, caso contrario, estaría delegando el ejercicio de la función preconstituyente en la Convención que sólo puede ejercer la función constituyente. De no ser así, la convención quedaría implícitamente habilitada para el ejercicio del poder constituyente originario y para forjar una nueva organización política global.

Al declarar la necesidad de la reforma, el Congreso puede indicar cuál tendría que ser el contenido de los artículos a modificar, pero esa sugerencia no es obligatoria para la convención reformadora.



La declaración de necesidad de la reforma es una potestad exclusiva del Congreso que, en principio, no puede ser alterada por el Poder Ejecutivo. Decimos "en principio", porque el Poder Ejecutivo puede vetar, total o parcialmente, la ley dictada por el Congreso. En tal caso, es de aplicación el art. 83 de la Constitución, aunque con la particularidad de que la insistencia del Congreso deberá concretarse mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de miembros en ejercicio de cada una de sus cámaras.

¿Puede el Poder Ejecutivo vetar parcialmente la ley que declara la necesidad de la reforma y promulgar el resto de su articulado? Si bien, y bajo determinadas circunstancias, el art. 80 de la Ley Fundamental autoriza este procedimiento, lo consideramos cuestionable en materia de reforma constitucional. Es que, en principio, cabe considerar inescindible el articulado de la Ley Fundamental cuya reforma se propicia, y el único órgano competente para apartarse de ese criterio es la convención, mediante la modificación de algunas de las normas enunciadas y el rechazo de la reforma propuesta de otras. Sin embargo, la posibilidad de veto sería aceptable si entendemos que la interpretación de las normas debe propender a trabar y no facilitar la reforma constitucional.

A falta de una ley general, cuando el Congreso declara la necesidad de la reforma deberá determinar el número de los convencionales, su forma de elección y los requisitos que deben cumplir los convencionales electos. Son cuestiones que no tienen una previsión explícita en la Ley Fundamental y que tendrán que ser reguladas por el Congreso conforme a una interpretación sistemática de la Constitución. Pero, reiteramos que no existen reparos para que esos aspectos sean regulados por una ley general, independiente de la que declare la necesidad de la reforma y aplicable en lo sucesivo.

Una vez declarada la necesidad de la reforma y tras haber entrado en vigencia el acto que convoca a la Convención Constituyente, concluye el ejercicio de la función preconstituyente, sin que el Congreso pueda derogar su declaración. Sin embargo, y hasta tanto se convoque a la elección de los integrantes de la Convención Constituyente, entendemos que el Congreso puede ampliar el contenido de la declaración de necesidad de reforma constitucional mediante una ley complementaria.

La declaración de necesidad y consecuente reforma de la Constitución puede abarcar todo su texto o alguna de sus partes. Sin embargo, para los autores que participan del enfoque iusnaturalista, la reforma no puede alterar los contenidos pétreos de la Constitución, porque en tal supuesto no se estaría en presencia de una reforma sino de la sustitución del sistema político constitucional que presupone el ejercicio del poder constituyente originario. En cambio, la hipótesis que prevé el art. 30 de la Ley Fundamental se refiere al ejercicio del poder constituyente derivado con todas las limitaciones que él presenta.

#### 87. El Congreso no puede imponer el texto de la reforma

En el ejercicio de la función preconstituyente, el Congreso debe determinar cuáles son los artículos de la Constitución cuya reforma estima necesaria. Asimismo,

puede eventualmente disponer la necesidad de introducir ciertas instituciones no previstas en la Constitución o cláusulas nuevas en el texto constitucional. En este caso, la Convención, para el supuesto de aceptar la declaración del Congreso, puede modificar el orden del articulado de la Ley Fundamental pero sin introducir modificación alguna —directa o implícita— en las materias contenidas en los artículos cuya reforma no fue declarada necesaria. En otras palabras, el Congreso no puede imponer a la Convención cómo deben ser reguladas esas nuevas instituciones o cláusulas, y las sugerencias que formule en tal sentido no son vinculantes para el órgano reformador, que puede rechazarlas en pleno o aceptarlas con el contenido y la redacción que estime más convenientes.

Esta cuestión se planteó con motivo de la reforma constitucional de 1994.

El art. 5º de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994, establecía que los temas incluidos en su art. 2º, que comprendía un título de "Núcleo de coincidencias básicas", debían ser votados por la Convención Reformadora en forma conjunta. Agregaba que la votación afirmativa importaba la incorporación de todas las reformas propuestas y que la votación negativa conducía al rechazo en su conjunto de las propuestas con la consecuente subsistencia de los textos constitucionales vigentes.

Conforme al art. 30 de la Constitución Nacional, el Congreso ejerce la función preconstituyente al declarar la necesidad de la reforma de la Ley Fundamental y, consecuentemente, detalla las cláusulas integrantes que, a su criterio, es necesario modificar.

Asimismo, la declaración de necesidad expresada por el Congreso es vinculante para la Convención Reformadora, pero solamente en el sentido de que no puede apartarse de ella para considerar la reforma de partes de la Constitución sobre las cuales no se pronunció el Congreso.

En síntesis, la Convención Reformadora si bien no es "soberana" porque no puede apartarse del temario establecido por el Congreso, es totalmente libre para:

- 1) Aceptar o rechazar, todos o cada uno de los temas incluidos en la declaración de necesidad de la reforma del Congreso.
- 2) En caso de aceptación, determinar los contenidos de las nuevas cláusulas constitucionales siempre que, en forma directa o indirecta, ello no importe introducir modificaciones en las cláusulas de la Constitución sobre cuya reforma no se pronunció el Congreso.

La cláusula del art. 5º de la Ley 24.309, que imponía a la Convención Reformadora el deber de votar en forma conjunta la reforma del articulado incluido en el "Núcleo de coincidencias básicas", con la finalidad, el sentido y el alcance que preveía su art. 2º, carecía de validez constitucional ya que importaba establecer una limitación al ejercicio del poder constituyente derivado de la Convención Reformadora.

Ello no invalidaba a la ley porque, en materia constitucional, la interpretación de las normas de jerarquía inferior debe ser efectuada de manera tal que permita su vigencia mediante la adecuación a la Ley Fundamental. Todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales y, si se prueba fehacientemente lo contrario, sólo cabe descalificar las cláusulas legales que se oponen a la Constitución, pero no a las restantes.

Si bien la "cláusula cerrojo" del art. 5º de la ley 24.309 era inconstitucional, en la medida que el Congreso cercenaba atribuciones que eran propias de la Convención Reformadora, tal situación se revertía si, una vez constituida la Convención, ella resolvía convalidar la norma legal mediante su incorporación al Reglamento interno de la Convención, tal como aconteció en 1994.

Ese fue el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver, el 1º de julio de 1994, el caso "Romero Feris"(1) .

Otra cuestión vinculada con el procedimiento de sanción de la ley 24.309, y que también fue objeto de debate judicial, residió en el contenido diferente que tuvo en las cámaras del Congreso. Mientras que la Cámara de Diputados sostuvo que había que reducir el mandato de nueve años de los senadores y establecerlo en cuatro años, la Cámara de Senadores se pronunció también por esa reducción aunque sin precisar el lapso del mandato.

Precisamente, las discrepancias que se produjeron entre las Cámaras de Senadores y Diputados versaron sobre el contenido que correspondía asignarle al entonces art. 48 y, actualmente, art. 56 de la Constitución. Pero no hubo discrepancias sobre la necesidad de reformar esa norma. De modo que, al haber coincidido ambas cámaras sobre la necesidad de reformar ese artículo, por el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, la "ley" o "declaración" quedaba concluida porque las discrepancias sobre el contenido que había que asignar a la cláusula constitucional carecían de toda relevancia jurídica, ya que la decisión final incumbía exclusivamente a la Convención. En modo alguno correspondía acudir al procedimiento fijado por el art. 81 y devolver el proyecto a la cámara de origen.

La cuestión que describimos se planteó en el caso "Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo"(2) que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 7/4/1994. Sin embargo, la fundamentación acordada en el voto de la mayoría se limitó a destacar la falta de legitimación procesal activa de los litigantes, quienes habían invocado sus condiciones de ciudadanos y diputados de la Nación.

Aunque se admitiera la personería de los demandantes, el hecho de que ambas cámaras coincidieran en la necesidad de reformar el entonces art. 48 de la Constitución era más que suficiente para el rechazo de la acción. En efecto, la Convención no podía ser obligada a fijar el mandato de los miembros de la cámara alta en cuatro años, y ni siquiera debían reducir ese mandato. Incluso estaban habilitados para ampliarlo, porque el Congreso no tiene poder vinculante sobre la Convención para imponerle un contenido a la reforma.

Como se dijo, quien declara la necesidad de la reforma, agota su competencia con esa declaración. No puede imponer cómo se debe concretar la reforma. Esa es función propia del órgano constituyente. Éste puede rechazar la reforma por entender que es innecesaria o inconveniente. Pero si decide aceptar la declaración de necesidad, la forma de satisfacer esa necesidad con la reforma le compete exclusivamente.

No cabe, pues, imponer límites extraconstitucionales a la Convención. Ella no es "soberana" para reformar lo que le plazca del texto constitucional. Pero sí lo es para decidir cuál es el contenido que corresponde asignar a la cláusula reformada con el fin de satisfacer la necesidad que motivó su convocatoria.

#### 88. Convención Constituyente

El art. 30 de la Constitución Nacional distingue la función preconstituyente de la función constituyente, al establecer que la reforma de la Ley Fundamental solamente será efectuada por una Convención convocada al efecto por el Congreso.

Conforme a los lineamientos de una Constitución rígida, se le asigna a un organismo especial, diferente de aquellos que tienen a su cargo el ejercicio de los poderes constituidos, la función constituyente.

Pero la Convención Constituyente, al ejercer el poder constituyente derivado, no es "soberana" ni ilimitada. Su funcionamiento está sujeto a las disposiciones de la Constitución y a los contenidos del acto declarativo de la necesidad de la reforma.

Al ejercer el poder constituyente derivado, su actuación debe ajustarse a las normas establecidas en la Constitución. En tal sentido, la Convención sólo puede analizar los puntos de la Ley Fundamental cuya reforma fue declarada necesaria por el Congreso, porque caso contrario se estaría arrogando el ejercicio de la función preconstituyente conferida al Congreso, o la potestad propia del poder constituyente originario que importaría la abrogación del sistema constitucional sobre cuya base fue dispuesta la convocatoria.

El acto declarativo de la reforma debe precisar el lapso durante el cual funcionará la Convención Constituyente.

Vencido el plazo, se opera la disolución de la Convención, sin que ella ni el Congreso puedan disponer su prórroga. Así como el Congreso no puede dejar sin efecto el acto declarativo de la necesidad de la reforma una vez elegidos los miembros de la Convención, tampoco podría alterar su contenido mediante la modificación del plazo previsto originariamente para el funcionamiento de la Convención, porque el acto declarativo de la reforma es único y no puede ser desdoblado en sus contenidos.

La Constitución no ha previsto en forma expresa cómo estará integrada la Convención Constituyente. Se limita a indicar que ella será convocada por el Congreso, lo cual significa que se trata de un órgano diferente del que tiene a su cargo la función legislativa.

Tal redacción conduce a algunos autores a sostener que el Congreso puede convocar al cuerpo electoral para que designe a los convencionales, o establecer directamente quiénes serán los integrantes de la Convención, o autoconvocarse como Convención Reformadora.

No compartimos esta última interpretación porque permitiría, en la práctica, desnaturalizar la separación entre el órgano legislativo y el órgano constituyente. Además, no sería razonable ni democrático privar al pueblo de su potestad electoral en una materia de tan relevante importancia, ni atribuir al Congreso una función electiva que no le ha sido conferida por la Constitución.

Tampoco es posible apartarse del art. 30 de la Constitución y otorgar la función constituyente o preconstituyente al cuerpo electoral, mediante la aplicación del derecho de iniciativa (art. 39 CN) o la consulta popular (art. 40). El art. 39 de la Ley Fundamental dispone expresamente que no puede ser objeto de la iniciativa un proyecto de ley sobre reforma constitucional. Tal solución es extensible, tanto a la consulta popular obligatoria como a la voluntaria, porque ella es la contrapartida de la iniciativa popular. En ésta, el oferente es el pueblo y el destinatario el gobierno. En la consulta popular, la oferta nace del gobierno y su destinatario es el pueblo. La ley 25.432, que reglamenta la consulta popular, establece que ella es inviable, entre otros supuestos, cuando se refiera a normas cuya sanción requiera de mayorías calificadas (art. 1º) conforme a la Ley Fundamental. Precisamente, el art. 30, para la declaración referente a la necesidad de la reforma constitucional, impone una mayoría calificada. Como argumento adicional, cabe recordar que la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994, excluyó de ella al art. 30.

El procedimiento electoral, que prevé la participación directa de los ciudadanos para la elección de los convencionales constituyentes, es el que mejor se adecua a una interpretación sistemática de la Constitución. En efecto, en el Preámbulo de la Ley Fundamental los constituyentes invocaron su condición de representantes del pueblo de la Nación Argentina para dictar la Constitución. Asimismo, la Constitución establece que los diputados son elegidos en forma directa y que representan al pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires y de la Capital, que a tal fin son considerados como distritos electorales de un solo Estado (art. 45).

Mediante la interpretación sistemática, y a fin de asegurar la eficacia y la independencia de la Convención Constituyente, también arribamos a la conclusión de que les son aplicables a los convencionales las disposiciones constitucionales que en la materia rigen para los diputados nacionales. Así, los requisitos para la elegibilidad (art. 48), el hecho de que la Convención es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez (art. 64), las facultades disciplinarias (art. 66), el requisito del juramento (art. 67), las prerrogativas referentes a la inviolabilidad e inmunidad de los convencionales (arts. 68 y 69), el desafuero (art. 70) y el derecho a recibir explicaciones e informes de los ministros del Poder Ejecutivo (art. 71).

Una vez agotado el temario de la Convención o vencido el plazo para su funcionamiento, ella se disuelve automáticamente.

#### 89. Requisitos para ser convencional

Consideramos aplicables a los convencionales constituyentes las incompatibilidades funcionales previstas en la Constitución. La independencia que deben tener los convencionales frente a los órganos ordinarios del gobierno no permite la incorporación a la Convención de aquellas personas que en ese momento integran los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de la Nación, salvo que renuncien a estos cargos. La incompatibilidad es extensible a quienes ejercen similares cargos en las provincias y a quienes, como legisladores, participaron en la votación que dispuso la necesidad de la reforma.

Sin embargo, hemos presenciado que en la Convención Reformadora de 1994 no se dio cumplimiento a tan elemental principio republicano. Muchos convencionales ejercieron, simultáneamente, cargos de legisladores nacionales y provinciales, de gobernadores y de ministros tanto en el orden nacional como en el provincial. Se desconoció, de tal manera, una de las herramientas esenciales de la democracia constitucional que es la doctrina de la división de los poderes.

Semejante independencia funcional no se limita a los órganos ordinarios del poder —legislativo, ejecutivo y judicial— sino también a los extraordinarios como la Convención Reformadora que ejerce el poder constituyente derivado para decidir si corresponde modificar la Constitución.

El art. 30 de la Ley Fundamental indica que el único órgano competente para decidir sobre la reforma de su texto es una convención que debe ser convocada por el Congreso. Nada dice explícitamente sobre quiénes serán sus integrantes y las condiciones que deben reunir. Sin embargo, a poco que se profundice una lectura superficial mediante la interpretación se advertirá que la respuesta fluye claramente.

Los convencionales son representantes extraordinarios elegidos por el pueblo, porque así lo prescribe el Preámbulo de la Constitución, y porque ese pueblo es el titular último del poder estatal que sólo ejerce a través de los representantes por él elegidos (arts. 1º y 22 de la CN).

Si los convencionales representan al pueblo en el ejercicio de una función extraordinaria, sus cualidades deben ser iguales a las que prevé el art. 45 de la Constitución para los diputados nacionales que también, aunque para el ejercicio de otra función, son representantes del pueblo, a diferencia de los senadores que representan a las provincias (art. 54 CN).

La Convención es un órgano de poder independiente de los órganos ordinarios, de modo que una persona no puede ocupar simultáneamente cargos en dos órganos diferentes sin renunciar a uno de ellos. Tal es la doctrina que ya en 1887 expuso John Alexander Jameson en una obra clásica sobre las convenciones constitucionales en los Estados Unidos.

La vigencia de la doctrina de la división de los poderes, hasta que no sea alterada por una eventual reforma, conduce a sostener, por aplicación armónica de los arts. 29, 34, 66, 72, 73, 105, 109 y 128, que el cargo de convencional es incompatible para quienes:

- 1) Ejercen funciones judiciales de la Nación o las provincias.
- 2) Ejercen la presidencia, vicepresidencia, funciones de ministros o integran el Poder Ejecutivo nacional.
- 3) Ejercen el cargo de gobernador o legislador provincial.
- 4) Ejercen el cargo de legislador nacional.
- 5) Revisten la condición de eclesiásticos regulares o, a criterio de la Convención, están alcanzados por alguna inhabilidad legal, física o ética.
- 6) Ejercen la Auditoría General de la Nación, la función del Defensor del Pueblo o son miembros del Consejo de la Magistratura.

No se trata de incompatibilidades absolutas porque las personas alcanzadas por ellas pueden renunciar a los cargos que ejercen en los órganos ordinarios o superar la incompatibilidad antes de ser incorporadas a la Convención.

Sin embargo, entendemos que se añade a ellas, y de manera absoluta, la incompatibilidad para todos aquellos que fueron legisladores al tiempo de ser declarada por el Congreso la necesidad de la reforma. Caso contrario, las mismas personas que se expidieron sobre esa necesidad quedarían habilitadas para pronunciarse sobre el contenido de la reforma, lo que desvirtuaría la razón constitucional que impone la convocatoria de un órgano extraordinario y diferente para resolver esta última cuestión.

#### 90. Constitucionalidad de la reforma constitucional

En el sistema de la Constitución Nacional, el principio de la supremacía constitucional se materializa a través del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Corresponde a los jueces verificar si una ley se adecua a las disposiciones de la Constitución y, en caso de que ello no acontezca, deben abstenerse de darle aplicación.

Se plantea un interrogante acerca de si ese control de constitucionalidad puede ser extendido al acto declarativo de la necesidad de reforma constitucional y a la propia reforma que realice la Convención Constituyente.

El control de constitucionalidad no es aceptable frente al ejercicio del poder constituyente originario, que por su propia naturaleza es ilimitado. Solamente es viable en el marco del enfoque iusnaturalista, por cuanto el poder constituyente originario carece de limitaciones provenientes de un derecho positivo anterior. El poder constituyente originario presupone la inexistencia de un ordenamiento jurídico positivo anterior y por ende limitaciones a su ejercicio.

Distinta es la situación del poder constituyente derivado que se ejerce para reformar una Constitución. En este caso, y aunque no se admita el enfoque iusnaturalista, el poder constituyente está limitado por el derecho constitucional positivo vigente que determina las condiciones y los contenidos de una reforma constitucional.

Para afirmar el control judicial de constitucionalidad de una reforma constitucional, se sostiene que, en virtud de estar circunscripto a límites el ejercicio del poder constituyente derivado, no es concebible que por su intermedio ellos sean desconocidos, y así se destruyan las bases fundamentales de una Constitución. En tales casos cabe la intervención del organismo judicial encargado de efectivizar el control mediante la declaración de inconstitucionalidad de la reforma.

Para negar ese control judicial, se sostiene que la reforma es un acto esencialmente político, insusceptible de revisión judicial. Caso contrario, la validez de toda reforma estaría condicionada a su aprobación por los jueces, que sustituirían a los órganos políticos en el análisis y ponderación de materias extrañas a las funciones constitucionales de los jueces.

Consideramos que ambas posiciones, llevadas a sus extremos, conducen a soluciones erróneas. La primera por politizar al organismo judicial. La segunda porque le asigna carácter abstracto al principio de la supremacía constitucional, al impedir su efectiva concreción en aquellos casos en que la reforma se efectiviza al margen de lo dispuesto por la Ley Fundamental.

Para resolver si cabe declarar inconstitucional una reforma de la Constitución, es necesario distinguir dos situaciones. La primera se relaciona con el control de constitucionalidad sobre el acto preconstituyente del Congreso que declara la necesidad de la reforma constitucional. La segunda se vincula con el control de constitucionalidad que puede recaer sobre el acto constituyente que hace efectiva una reforma constitucional.

El acto del Congreso que declara la necesidad de la reforma constitucional es susceptible de control judicial en orden al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos por la Constitución para su dictado. Tales procedimientos, previstos en el art. 30 de la Ley Fundamental, condicionan la validez jurídica del acto emitido por el Congreso. La actuación separada de las cámaras del Congreso, el quórum y las mayorías necesarias, la determinación de los artículos o partes de la Constitución cuya reforma se propicia y la convocatoria de una Convención Constituyente, son aspectos formales que deben ser cumplidos estrictamente por el Congreso y que son susceptibles de control judicial. Así lo entendió la Corte Suprema al resolver los casos "Polino" y "Romero Feris"(3) donde, si bien fueron rechazadas las demandas, se aceptó la judiciabilidad de la materia.

Igual temperamento fue adoptado en el caso "Zavalía"(4) respecto al ejercicio de la función preconstituyente por un interventor federal.

Pero lo que no pueden controlar ni revisar los tribunales es el juicio de valor político que formula el Congreso acerca de la necesidad de la reforma. La oportunidad, conveniencia y necesidad de la reforma se integran con apreciaciones expuestas por el Congreso en un ámbito discrecional y político.

Tampoco son controlables las sugerencias que eventualmente manifieste el Congreso sobre los contenidos de la reforma, tal como lo hizo la ley 24.309, por no ser vinculantes para la Convención Constituyente.

Con respecto al acto constituyente de la Convención por el cual se establece la reforma, entendemos que los órganos judiciales pueden descalificarlo constitucionalmente si no se cumplen los aspectos formales establecidos a tal efecto.

En cambio, los aspectos sustanciales de la reforma sólo serían revisables judicialmente si modifican las cláusulas pétreas establecidas expresamente con motivo del ejercicio del poder constituyente originario, o si la Convención se aparta del temario establecido por el Congreso y modifica cláusulas de la Constitución cuya reforma no fue declarada necesaria.

La posibilidad de que una reforma de la Ley Fundamental sea declarada judicialmente inconstitucional por el incumplimiento de las formas previstas para el funcionamiento del poder constituyente derivado es aceptada por la doctrina. Otro tanto acontece con las reformas que se pretenden introducir en las cláusulas pétreas expresas de una Constitución. En cambio, es opinable si pueden ser declaradas inconstitucionales aquellas reformas que alteran los contenidos pétreos tácitos de la Constitución, destruyendo sus bases fundamentales.

En el caso "Soria de Guerrero"(5) , la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la primera oportunidad de pronunciarse sobre el control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

Se había cuestionado la validez del derecho de huelga establecido por el art. 14 nuevo de la Constitución, incorporado por la Convención Reformadora de 1957. El fundamento del reclamo residía en que, al ser sancionado dicho artículo, no se había dado cumplimiento a las normas del reglamento interno de la Convención, que exigían una reunión posterior de la Convención para aprobar el acta y la versión taquigráfica de la sanción. Ello aconteció debido a que, por la falta de quórum, la Convención fue disuelta.

La mayoría del Tribunal entendió que:

1) Conforme a los antecedentes de la Corte, el control jurisdiccional no se extiende, en principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes. Se trata de un principio general, pero no absoluto.

2) Como excepción, la cuestión es justiciable si se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley.

3) Que semejante doctrina es aplicable al procedimiento seguido por una Convención Constituyente.

4) En el caso concreto, no se advertía que la sanción de la norma constitucional quedara comprendida en los supuestos de excepción que tornan viable el control de constitucionalidad.

5) Consecuentemente, correspondía rechazar el recurso de queja interpuesto por denegación del recurso extraordinario.

En la disidencia del juez Luis Boffi Boggero se destacó que correspondía dar curso formalmente al recurso extraordinario denegado porque, si se cuestiona la validez de un precepto constitucional debido al incumplimiento del procedimiento para la reforma establecido a tal fin por la Convención, el juzgamiento del caso es una atribución específica del Poder Judicial y no de los restantes órganos gubernamentales.

Si bien el recurso fue rechazado por entender la mayoría que la cuestión no era justiciable, ella se encargó de admitir que, bajo determinadas condiciones, era viable el control de constitucionalidad de los actos de una Convención Constituyente.

Que la validez de las normas constitucionales podía ser objeto de debate judicial fue categóricamente resuelto por la Corte Suprema en el caso "Ormache"(6) . El art. 157 de la Constitución de Entre Ríos disponía que los funcionarios y empleados judiciales no podían formar parte de agrupaciones políticas, ni participar en actividades políticas. Con motivo del incumplimiento de esa norma, un empleado judicial fue sancionado disciplinariamente con 50 días de suspensión e intimado a cesar en su actividad política. Contra esa decisión interpuso recurso extraordinario y planteó, a su respecto, la inconstitucionalidad del citado art. 157. El recurso fue denegado, y se acudió a la Corte Suprema por vía del recurso de queja.

Por sentencia del 17 de junio de 1986, la Corte estableció:

1) La finalidad del art. 157 es razonable en cuanto busca preservar la independencia del Poder Judicial al prohibir a los jueces y funcionarios ser protagonistas activos de la vida partidaria o política relacionada con los procesos electorales y la actuación de las organizaciones políticas. Tal solución está reflejada en la generalidad de las normas vigentes en el orden provincial y nacional.

2) Pero distinta es la situación de los empleados judiciales que ejercen una actividad administrativa que en modo alguno compromete el ejercicio independiente de la función judicial.

Tales conclusiones fueron enriquecidas con la doctrina adoptada por la Corte Suprema en el caso "Ríos", resuelto el 2/12/1993(7) . En esa oportunidad había sido planteada la inconstitucionalidad parcial de la reforma introducida a la Constitución de la provincia de Corrientes, porque se entendía que la Convención local se había apartado del temario establecido por la ley declarativa de la

necesidad de la reforma. El Superior Tribunal provincial consideró que la Convención había obrado dentro del marco establecido por la ley.

Planteada la cuestión ante la Corte Suprema, ésta destacó que "es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente, vale destacar que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la constitución".

Tras esta consideración, en la cual implícitamente la Corte admitió el control de constitucionalidad de las actuaciones de una Convención Constituyente, procedió a rechazar el recurso interpuesto por entender que, en el caso concreto, se trataba de una cuestión de derecho local que había sido resuelta sin arbitrariedad a tenor de los fundamentos expuestos por el Superior Tribunal de Provincia.

Al decidir el caso "Iribarren c. Provincia de Santa Fe"(8) , del 22/6/1999, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución local. La norma, cuestionada por quien revestía el cargo de ministro de la Corte Suprema provincial, establecía que la inamovilidad de los jueces concluía cuando cumplieran sesenta y cinco años de edad y estaban en condiciones de obtener la jubilación ordinaria.

Si bien la Corte no lo manifestó expresamente, del fallo se infiere que la inamovilidad dispuesta por el art. 110 de la Constitución federal es un principio de organización del poder en una república y que, como tal, no puede ser alterado por las provincias.

Una situación similar se presentó en el caso "Amerisse c. Provincia de Salta"(9) , resuelto por la Corte Suprema el 18/12/2002. El accionante, en su condición de juez provincial, promovió una acción de amparo ante la Corte requiriendo la declaración de inconstitucionalidad del art. 156 de la Constitución local, en cuanto dispone que la inamovilidad de los jueces cesa cuando el magistrado puede obtener su jubilación y que, para mantener el cargo una vez cumplida esa condición, se requiere un nuevo nombramiento del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

La Corte consideró que, si bien la Constitución federal asegura a las provincias el establecimiento de sus propias instituciones sin intervención del gobierno nacional, en los arts. 5º y 122 las sujeta al sistema republicano y representativo de gobierno. Añadió que la garantía de la inamovilidad de los jueces prevista en el art. 110 de la Constitución tiene un claro contenido federal pues "es inherente a la naturaleza del Poder Judicial y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853".

Tales antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, permiten sostener que se admite, bajo ciertas condiciones de razonabilidad, el control de

constitucionalidad del proceso de reforma constitucional, lo que descarta la tesis tradicional de que se trata de una cuestión política insusceptible de revisión judicial, afirmación que fue avalada por la Corte Suprema cuando decidió en el caso "Fayt"(10) .

#### 91. Nulidad de la reforma constitucional

La ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994, incluyó entre las normas que podía modificar la Convención Reformadora el entonces art. 86, inc. 5º, que es el actual art. 99, inc. 4º.

La norma cuya reforma estaba habilitada disponía que el presidente de la Nación nombra a los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado.

En el núcleo de coincidencias básicas expuesto en la ley 24.309, se propiciaba que los jueces de la Corte Suprema fueran designados por el presidente de la República con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por los dos tercios de los miembros presentes. En cuanto a los restantes jueces, se propiciaba que fueran nombrados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado, pero sobre la base de una propuesta vinculante, en dupla o terna, del Consejo de la Magistratura.

La Convención Reformadora aceptó el criterio del legislador y dispuso en el art. 99, inc. 4º, que los magistrados de la Corte Suprema fueran designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. A su vez, los jueces inferiores, debían ser nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo simple del Senado, pero sobre la base de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura.

Como tercer párrafo del art. 99, inc. 4º, añadieron que "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

No existían dudas de que el Congreso había habilitado a la Convención para modificar el régimen de nombramiento de los magistrados judiciales. Pero, esa autorización, ¿podía alterar el principio de la inamovilidad de los jueces que garantiza el art. 110 de la Ley Fundamental, y que no fue incluido en el temario para la reforma?

Al decidir en el caso "Fayt", del 19/8/1999(11) , por el voto de los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo López y Adolfo Vázquez, por su voto, la Corte Suprema decidió que:

1) Si bien la reforma constitucional es una materia de competencia del Congreso, en cuanto al ejercicio de la función preconstituyente, y de la Convención Reformadora, respecto a la aceptación o rechazo de la reforma propuesta, ello no implicaba desconocer al órgano judicial su potestad de verificar, en el caso

concreto, si el acto impugnado había sido emitido por el organismo competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades impuestas.

2) El art. 110 dispone que todos los jueces de la Nación conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta. A ello se añade que solamente pueden ser removidos de ellos por mal desempeño, o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por delitos comunes (arts. 53 y 115 CN). Esa norma, que era el anterior art. 96 de la Constitución, no fue incluida entre las cláusulas que la Convención Reformadora estaba habilitada para revisar.

3) Al establecer la Convención un límite de edad para el desempeño de la magistratura judicial, se introdujo en un tema sobre el cual no medió la declaración de necesidad de la reforma por parte del Congreso. De tal manera, y regulando la cláusula referente al nombramiento de los jueces (art. 99, inc. 4º), elípticamente procedió a alterar el principio de la inamovilidad de los magistrados contenido en otra disposición constitucional.

Sobre la base de tales argumentos, la Corte entendió que la limitación temporal incorporada al art. 99, inc. 4º, era inaplicable al accionante por padecer de un vicio de nulidad absoluta.

El pronunciamiento de la Corte Suprema configuró un importante avance para la efectiva concreción del principio de la supremacía constitucional, que es plenamente aplicable a una reforma de la Carta Magna, siempre que no importe una ponderación sobre la conveniencia de la solución política adoptada.

Cuando un tribunal judicial declara la inconstitucionalidad de una norma, se limita a negar su aplicación al caso concreto pero no a disponer su derogación. La sentencia no puede tener ese efecto porque la derogación de una norma solamente puede ser dispuesta por otra de jerarquía similar y, en ciertos casos, por una de jerarquía superior, emitidas por el órgano habilitado para dictarlas. Si los jueces pudieran derogar las normas que tachan de inconstitucionales, les estaríamos atribuyendo facultades que la Constitución reserva para los órganos legislativo y ejecutivo. Por tal razón, los pronunciamientos judiciales no tienen en principio efectos erga omnes, sino para el caso concreto sujeto a su decisión.

Horacio García Belsunce recuerda que, en el caso "Fayt", la Corte Suprema no declaró la inconstitucionalidad del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, sino su inaplicabilidad por padecer de un vicio que lo hacía nulo de nulidad absoluta. El fundamento de tal decisión residió en que el art. 6º de la ley 24.309, sancionado por el Congreso en ejercicio de la facultad preconstituyente, establecía que "Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la convención constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración". Al haber sido prevista la sanción de nulidad, la Corte Suprema de Justicia se ciñó a esa normativa, y determinó que ella tuviera efecto erga omnes. La Corte no lo destacó expresamente, pero ése es el efecto que acarrea una declaración de nulidad que, como tal, es genérica y no solamente válida para el caso concreto, como acontecería en principio con una simple declaración de inconstitucionalidad.

Con anterioridad al caso "Fayt", la Corte ya había dispuesto la nulidad de ciertos actos.

Corresponde citar el caso "Monges. Universidad de Buenos Aires"(12). La Corte, tras declarar la nulidad de una resolución del Consejo Superior de la Universidad, destacó que ella regía para el futuro y que "Cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos". En este caso, la declaración de nulidad en cuanto a sus proyecciones futuras, para los estudiantes que estaban cursando la carrera al tiempo de dictarse la resolución universitaria, tuvo efectos erga omnes.

(1) Fallos CS 317:711; LA LEY, 1994-E, 16.

(2) Fallos CS 317:335. LA LEY, 1994-C, 294.

(3) Fallos CS 317:335 y 711.

(4) Fallos CS 327:3852; LA LEY, 2005-A, 31.

(5) Fallos CS 256:556.

(6) Fallos CS 308:934.

(7) Fallos CS 316:2743; LA LEY, 1994-C, 47.

(8) Fallos CS 322:1253.

(9) Fallos CS 325:3514.

(10) Fallos CS 322:1616.

(11) Fallos CS 322:1616; LA LEY, 1999-F, 33.

(12) Fallos CS 319:3148; LA LEY, 1997-C, 150.

## CAPÍTULO IV

### Supremacía constitucional y control

#### de constitucionalidad

#### SUMARIO

92. Supremacía de la Constitución.
93. El artículo 31 de la Constitución Nacional.
94. Supremacía de las leyes.
95. Supremacía de los tratados.
96. Jerarquía de los tratados internacionales.
97. Relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional.
98. Interpretación y aplicación de los tratados internacionales.
99. Efectos de la interpretación de los tratados internacionales por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
100. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional superior a la Corte Suprema de Justicia.
101. Control de constitucionalidad.
102. Sistemas de control de constitucionalidad.
103. Control político.
104. Control judicial.
105. Control de constitucionalidad en la Argentina.
106. Causa judicial.
107. Petición de parte.
108. Control de oficio.
109. Interés legítimo.
110. Las cuestiones políticas no son justiciables.
111. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

#### 92. Supremacía de la Constitución

En el marco del movimiento constitucionalista, que determinó el surgimiento de las democracias constitucionales, uno de los procedimientos o técnicas más eficaces para preservar la libertad y dignidad del ser humano es el principio de supremacía de la Constitución y su secuela instrumental inseparable que es el control de constitucionalidad.

La constitución, consecuencia y expresión del acto fundacional de la sociedad política global, es parte integrante del derecho interno, pero simultáneamente condiciona la validez jurídica de todas las normas que forman parte de ese derecho interno a su adecuación a los preceptos constitucionales. Todas las normas que se sancionen en virtud de la constitución están subordinadas a ella, y ninguna de tales normas puede estar por encima de la constitución a menos que ella disponga lo contrario con referencia al ejercicio del poder constituyente derivado.

El principio de la supremacía de la constitución impone a gobernantes y gobernados la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley Fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que puedan emanar de aquéllos.

La fuente inmediata que condujo a la formulación del principio de la supremacía constitucional la encontramos en el período colonial de los Estados Unidos de América. Fue decisiva para ello la influencia del pensamiento de Coke, así como también las disposiciones contenidas en los documentos británicos, ya citados, de 1647 y 1653. También las ideas expuestas por John Locke, y especialmente por Montesquieu, quien manifestó su admiración por la creación de Locke. Tengamos en cuenta que El espíritu de las leyes de Montesquieu fue un modelo para Jefferson así como las citas del pensador francés que efectuara Madison en El Federalista .

Judicialmente, la doctrina de la supremacía constitucional fue expuesta por el juez John Marshall en el célebre caso "Marbury v. Madison"(1) . Entre otros conceptos expresó "Que el pueblo tiene un derecho a establecer para su gobierno futuro aquellos principios que en su opinión deban conducirlo a su propia felicidad, es la base sobre la cual toda la fábrica norteamericana ha sido erigida. El ejercicio de este derecho original es un esfuerzo muy grande, que no puede ni debe ser frecuentemente repetido. Por consiguiente, los principios así establecidos son considerados fundamentales".

En esta sentencia, que data de 1803, no solamente se formuló judicialmente la doctrina de la supremacía constitucional, sino también otros principios fundamentales como el control judicial de la constitucionalidad de las normas jurídicas por parte del Poder Judicial. Para sintetizar la exposición de Marshall, éste destacaba que la función de los jueces es aplicar la ley y que solamente merece ser calificada como tal aquella norma jurídica que se adecua a la constitución. Un juez debe abstenerse de aplicar aquellas normas jurídicas que, a su criterio, estima que no son leyes por vulnerar la constitución.

En otra sentencia, anterior a la sanción de nuestra Constitución, la Corte de los Estados Unidos reiteró la vigencia judicial de la doctrina de la supremacía constitucional. En el caso "Martin v. Hunter"(2) de 1816, el juez Story manifestó: "Los tribunales de los Estados Unidos pueden, sin duda, revisar los actos de las autoridades ejecutivas y legislativas de los Estados, y si encuentran que son contrarios a la Constitución, pueden declararlos sin ninguna validez legal".

La formulación positiva del principio, con las características que presenta actualmente, fue efectuada por la Constitución de los Estados Unidos, que en su art.



VI, párrafo segundo, establece: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten, y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la ley suprema del país, y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado". Esta norma es la fuente del art. 31 de nuestra Constitución Nacional.

La técnica de la supremacía de la constitución se sintetiza en los principios siguientes:

- 1) La constitución es una ley superior y fundamental, determinante de la validez sustancial y formal de las restantes normas jurídicas.
- 2) Un acto legislativo recibe el nombre de "constitucional" de ley si está de acuerdo con la norma fundamental.
- 3) Si un acto legislativo está en conflicto con la constitución, no es ley por carecer de validez jurídica.
- 4) Los jueces o la autoridad competente solamente están habilitados para aplicar aquellos actos que son leyes por estar de acuerdo con la constitución.
- 5) Los jueces o la autoridad competente deben abstenerse de aplicar aquellos actos legislativos que no reúnen las condiciones, sustanciales o formales, que permitan calificarlos como leyes.

#### 93. El artículo 31 de la Constitución Nacional

El principio de la supremacía constitucional está expresamente establecido por la Constitución Nacional en su art. 31. Esa norma establece: "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 cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859".

El principio expuesto en el art. 31 también está contenido en otras cláusulas de la Constitución. Así, el art. 27 dispone que el gobierno federal tiene el deber de afianzar las relaciones de paz y comercio con los estados extranjeros, "por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". El art. 28 prescribe que las leyes reglamentarias no pueden alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la Ley Fundamental. El art. 36 ordena que "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos". Otro tanto resulta de la interpretación del Preámbulo de la Constitución.

A los arts. 27, 28, 31 y 36 cabe añadir, como disposiciones que avalan la supremacía de la Constitución Nacional, los contenidos de los arts. 30 y 43.

El primero, al establecer un mecanismo rígido para la reforma constitucional, conduce a la conclusión de que toda modificación al texto de la Ley Fundamental solamente puede concretarse conforme al procedimiento por ella establecido en ese artículo. De modo que es inviable reformar la Constitución mediante el procedimiento previsto por el art. 75, inc. 22, para la aprobación o denuncia de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El segundo, al facultar a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las normas en el juicio de amparo, está proclamando la supremacía de la Constitución.

Se ha sostenido que el art. 31 de la Constitución impone sólo la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial, tesis que es fruto de una endeble interpretación de la Ley Fundamental, de tipo literal. Pero si recordamos el tenor del art. 27 de la Constitución y acudimos a una interpretación sistemática, no cabe duda de que el art. 31 consagra genéricamente la supremacía de la Ley Fundamental frente a cualquier otra norma.

La Constitución, en su articulado, establece la supremacía absoluta de sus disposiciones sobre toda ley nacional, tratado y constitución o ley provincial. Asimismo, establece la supremacía del derecho federal sobre el derecho provincial, siempre que el primero tenga sustento constitucional.

#### 94. Supremacía de las leyes

Las leyes nacionales dictadas conforme a la Constitución son normas básicas de la Nación y a ellas deben adecuarse todos los actos gubernamentales, ya sean de las autoridades nacionales o provinciales.

En el orden jerárquico de la Constitución, las leyes sancionadas por el Congreso son inmediatamente posteriores a las disposiciones de la Ley Fundamental y de los tratados internacionales. A ellas se deben adecuar las normas provinciales, así como también los actos normativos emanados de los restantes poderes gubernamentales. Pero la validez de esta conclusión está supeditada a que las leyes nacionales no alteren los principios, garantías y derechos regulados por la Constitución, tal como lo establece su art. 28. Además, en el caso previsto por el art. 75, inc. 30, el ámbito físico para la aplicabilidad de las leyes del Congreso se circunscribe al territorio de la capital de la Nación y de los espacios sometidos a la jurisdicción federal cuando, por su materia, no están destinadas a regir en todo el país.

Antes de la reforma constitucional de 1994, se entendía que las leyes y los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad. Ni las leyes estaban subordinadas a los tratados, ni los tratados a las leyes. Al decidir el célebre caso "Martín & Cía. c. Administración General de Puertos"<sup>(3)</sup>, la Corte Suprema de Justicia entendió que las normas constitucionales, particularmente el art. 31, no "atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos, leyes y tratados, son igualmente calificados como ley suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno". Conforme a

esta doctrina, todo tratado anterior puede ser modificado o derogado, expresa o tácitamente, por una ley posterior, y asimismo un tratado también prevalece sobre una ley anterior.

Después de la reforma de 1994, la Constitución establece expresamente que los tratados internacionales disfrutan de una jerarquía superior a la correspondiente para las leyes nacionales (art. 75, inc. 22). Sin embargo, consideramos que este principio no es absoluto cuando se trata de acuerdos internacionales aprobados por simple mayoría en las cámaras del Congreso.

Esta situación plantea un interrogante: ¿puede un tratado internacional, aprobado por simple mayoría, modificar las disposiciones de una ley que, por imposición constitucional, sólo puede ser sancionada por mayorías especiales? Entendemos que no, aunque admitimos que se trata de una hipótesis improbable por los contenidos diferentes que tendrían tales normas.

Cuando el art. 75, inc. 22, primer párrafo, establece que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, ¿es aplicable esa cláusula a las constituciones y leyes provinciales? Cuando se trata de convenciones o tratados sobre derechos humanos, las normas provinciales están subordinadas a ellas porque regulan materias propias del Estado nacional que fueron delegadas por las provincias (art. 121 CN), y a pesar de que ellas las incluyen —innecesariamente o indebidamente— en sus textos constitucionales. Pero si los tratados no son de derechos humanos y regulan materias que no fueron delegadas por las provincias para su regulación nacional, entendemos que, en resguardo del federalismo, no podrían ser oponibles a las provincias. Similar conclusión sería aplicable a los tratados de integración que prevé el art. 75, inc. 24, de la Constitución. Caso contrario, podría ser desconocido el poder jurisdiccional provincial —expresamente reconocido en el art. 75, inc. 12—, la autonomía municipal y la propia autonomía provincial, el dominio originario sobre sus recursos naturales y, en definitiva, todos los atributos que las provincias no delegaron en el Gobierno federal.

#### 95. Supremacía de los tratados

El art. 31 de la Constitución hace referencia a los tratados celebrados con los Estados extranjeros en su carácter de ley suprema de la Nación. Ellos, conforme al art. 75, inc. 22, tienen jerarquía superior a la de las leyes del Congreso.

Al igual que en el caso de las leyes nacionales, la validez constitucional de un tratado está supeditada a su adecuación a la Ley Fundamental mediante el cumplimiento de dos requisitos esenciales.

En primer lugar, y en cuanto a la forma, es necesario que los tratados sean concluidos y firmados por el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 11), para luego ser aprobados por una ley del Congreso (art. 75, incs. 22 y 24), ya que en este aspecto la Ley Fundamental se aparta del mecanismo previsto por la Constitución de los Estados Unidos, que requiere solamente la aprobación del Senado con el voto de dos tercios de sus miembros (art. II, sección II, parágrafo 2).

Una vez aprobado, el tratado debe ser objeto de ratificación por parte del Poder Ejecutivo para integrar el derecho internacional, lo cual constituye un requisito para que pase a integrar el derecho interno. La ratificación, o en su caso la adhesión a un convenio internacional aprobado por ley del Congreso, es un acto discrecional, pues no hay forma de obligar al titular del órgano ejecutivo para concretar tal acto. Por otra parte, la ratificación carece de validez si, antes de ser efectuada, el Congreso sanciona una ley derogando aquella que aprobó el documento internacional.

El Poder Ejecutivo, en el acto de celebración del tratado o de adhesión a una convención internacional, puede formular reservas a algunas de sus cláusulas que serán inaplicables en el orden interno. Otro tanto puede hacer el Congreso al aprobar el documento internacional.

El principio de la supremacía constitucional subordina la validez de los tratados a su adecuación formal y sustancial al texto de la Ley Fundamental. De modo que la validez constitucional de un tratado no depende solamente de su sanción conforme al procedimiento establecido por la Ley Fundamental, sino también de su conformidad con los principios de la Constitución, que puede reglamentar pero no alterar.

En nuestro ordenamiento jurídico constituye un grave error equiparar las cláusulas de un tratado a una norma constitucional. Semejante conclusión resulta incompatible con el art. 27 de la Constitución y además, al subvertir el principio de la supremacía constitucional, desconoce la distinción fundamental que existe entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

En el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (4), resuelto el 7/7/1992, la Corte sostuvo que el art. 27 de la Convención de Viena, aprobada por la ley 19.865, establece que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Ello impone al Estado la obligación de asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma del derecho interno que resulte contraria. Sin embargo, no existe fundamento constitucional alguno para sostener que los tratados son una especie de "super ley" a la cual está subordinada la propia Constitución.

El criterio seguido por la Corte fue reiterado en el caso "Fibraca" del 7/7/1993(5). Destacó el Alto Tribunal que, por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, corresponde asignar primacía a los tratados internacionales ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, siempre que aparezcan asegurados los principios del derecho público constitucional.

La invalidez de los tratados no sólo depende del incumplimiento de las formas estatuidas internamente para su concertación, sino también, y fundamentalmente, porque no se han cumplido los contenidos esenciales de la Ley Fundamental.

Esta conclusión se impone, al menos en el sistema constitucional argentino, no solamente frente a la categórica disposición del art. 27 con la eventual secuela de sanciones previstas en los arts. 29 y 36, sino también por imperio del art. 30. Esto

es así, porque la sanción de cualquier norma, ley o tratado, que derogue o sustituya una cláusula constitucional, ya sea en forma expresa o implícita, importa el ejercicio del poder constituyente derivado cuya función ha sido reservada exclusivamente a la convención reformadora.

Si bien el Congreso debe aprobar o desechar los tratados, ello no importa privarlo de la facultad de formular observaciones parciales, enmiendas o reservas al texto del documento, que serán en definitiva las condiciones establecidas por el Congreso para brindar su aprobación. Formuladas las observaciones, no habrá una aprobación condicional del tratado, sino un rechazo de él en la parte observada que será exteriorizado a través de la sanción de una ley. Situación similar se plantea con las reservas que formula el Poder Ejecutivo al celebrar el tratado.

#### 96. Jerarquía de los tratados internacionales

Una de las reformas más importantes incorporadas por la Convención Reformadora de 1994 en la Constitución Nacional consistió en la modificación de la interpretación acordada a su art. 31.

Antes de la reforma, se entendía que los tratados internacionales se encontraban en igual ubicación jerárquica que las leyes de la Nación, sin perjuicio de la corriente doctrinaria y jurisprudencial citadas en el punto anterior que le asignaban un rango superior a los primeros.

Tal situación ha variado sustancialmente a raíz de las disposiciones contenidas en los incs. 22 y 24 del art. 75 de la Constitución.

El análisis de estas disposiciones revela que: 1) El manejo de las relaciones internacionales corresponde conjuntamente al Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 11, CN) y al Congreso. 2) La aprobación de los tratados internacionales es facultad privativa del Congreso, que puede rechazarlos o aprobarlos. La aprobación de los tratados se formaliza mediante una ley sujeta al procedimiento contemplado en los arts. 77 a 84 de la Constitución. 3) Todos los tratados internacionales aprobados por el Congreso, cualquiera sea su contenido, tienen jerarquía superior a las leyes. Un tratado deroga, expresa o implícitamente, a toda ley y norma de inferior jerarquía que se oponga a sus contenidos. En cambio, una ley posterior no deroga a un tratado. 4) Existen cinco categorías de tratados internacionales, cada una de ellas sujeta a un régimen constitucional diferente: 4.1) El primer grupo de tratados y convenciones previstos en el primer párrafo del inc. 22 son aquellos que no versan sobre derechos humanos ni son documentos de integración, y son aprobados por la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara del Congreso de acuerdo al quórum establecido por el art. 64 de la Constitución. Tienen jerarquía superior a las leyes y su aprobación por el Congreso no requiere mayorías diferentes a las establecidas para la sanción de una ley. Otro tanto acontece con su denuncia. 4.2) El segundo grupo está integrado por las declaraciones, pactos y convenciones que menciona expresamente el segundo párrafo del inc. 22 y que tratan sobre derechos humanos. Tienen una jerarquía constitucional limitada y disfrutan de un rango superior, no solamente respecto de las leyes, sino también de los tratados de integración y de los citados en el punto

anterior. De modo que, ante un eventual conflicto entre ellos, tendrán preferencia los tratados sobre derechos humanos que enumera la Constitución. Es posible que las disposiciones contenidas en esta categoría de tratados resulten contradictorias. En tal caso, y por aplicación de la regla interpretativa finalista, se deberá dar preferencia a la cláusula que, de manera armónica, brinde una mejor tutela a la libertad y dignidad del hombre. La denuncia de estos tratados por el Poder Ejecutivo requiere previamente una ley del Congreso sancionada por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 4.3) El tercer grupo de tratados, incluidos en el último párrafo del inc. 22, son aquellos que sean aprobados en el futuro por el Congreso y que regulen derechos humanos. Este tercer grupo es pasible de una división: 4.3.1) Aquellos tratados que sean aprobados por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrán jerarquía constitucional limitada y se hallarán en igual situación que los documentos internacionales citados en el punto 4.2. En esta categoría se encuentran la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24.556 (1995) y con jerarquía constitucional por la ley 24.820 (1997), y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la ley 24.584 (1995) y con jerarquía constitucional por la ley 25.778 (2003). 4.3.2) Aquellos tratados que, regulando derechos humanos, sean aprobados por el Congreso aunque sin las mayorías mencionadas en el punto anterior. Bastará con que la aprobación sea realizada por la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara y con respeto del quórum establecido por el art. 64 de la Constitución. Estos tratados carecerían de jerarquía constitucional limitada y estarían en un plano de igualdad con los descriptos en el punto 4.1. y de inferioridad ante los citados en el punto 4.3.1. 4.4) El cuarto grupo de tratados, previstos en el inc. 24 del art. 75, es el de los convenios de integración que se celebren con Estados latinoamericanos. Su aprobación requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso, y una mayoría similar se impone para su denuncia. Estos tratados carecen de jerarquía constitucional, aunque las normas que dicten las organizaciones supraestatales respectivas tienen jerarquía superior a las leyes. 4.5) El quinto grupo de tratados, también previstos en el inc. 24 del art. 75, está conformado por los convenios de integración que se celebren con Estados que no merezcan la calificación de latinoamericanos. El procedimiento para su aprobación difiere del contemplado para los restantes tratados y prevé dos etapas. En la primera, el Congreso debe expresar la conveniencia de aprobar el tratado por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara y respetando el quórum del art. 64 de la Constitución. La segunda etapa se desarrolla una vez transcurridos ciento veinte días de expresada aquella conveniencia, y la aprobación definitiva debe ser efectuada por el Congreso con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Estos tratados y las normas que dicten las organizaciones supraestatales, que como consecuencia de ellos integre la Nación, tienen un rango superior al de las leyes. La denuncia de estos tratados, a igual que los que se celebren con Estados latinoamericanos, requiere la aprobación del acto por la mayoría absoluta de la totalidad de los

miembros de cada Cámara. La validez de los tratados de integración, con los cuales se delegan competencias y jurisdicción a las organizaciones supraestatales, está condicionada a que: 1) La delegación se realice en condiciones de reciprocidad e igualdad; 2) se respete el orden democrático; 3) se respeten los derechos humanos. El incumplimiento de tales recaudos posibilitará su descalificación constitucional por la vía judicial pertinente.

Un aspecto fundamental a resolver es si los tratados sobre derechos humanos, a los cuales la Constitución asigna "jerarquía constitucional", están o no subordinados a la Ley Fundamental. Está claro que su jerarquía es superior a la de las leyes, pero la duda se suscita respecto a su relación con la Ley Fundamental.

Consideramos que todo tratado o convención internacional tiene jerarquía constitucional, al igual que las leyes y restantes normas jurídicas, si son sancionados conforme a los preceptos de la Constitución y no vulneran sus contenidos. Sin embargo, y con referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos que enuncia el art. 75, inc. 22, de la Constitución, se expresa que esa jerarquía constitucional se extiende "en las condiciones de su vigencia". Además, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Ley Fundamental y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías que ella reconoce.

"En las condiciones de su vigencia" significa que el documento internacional tiene vigencia tal como fue aprobado por el gobierno, con todas las reservas o límites expuestos. El art. 19 de la Convención de Viena dispone que todo Estado puede formular reservas al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él. La reserva significa que la parte observada no es aplicable al Estado signatario en orden a sus efectos jurídicos.

Que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución significa que las cláusulas de los tratados enunciados, o su interpretación, no pueden oponerse a las disposiciones de la Ley Fundamental. Tal principio es coherente con el art. 7º de la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994 y cuyo contenido fue incorporado al Reglamento de la Convención Reformadora. Si se produce la colisión, debe prevalecer la norma constitucional.

Una interpretación sistemática de la Constitución, especialmente con relación al art. 33, revela que ella, en materia de derechos humanos, es sumamente amplia y generosa. De modo que aquella colisión resulta improbable. Claro está que, antes de desechar la norma internacional, corresponde armonizar los preceptos en aparente pugna, y de no ser posible, otorgar preferencia al que brinde mayor reconocimiento al derecho o garantía reconocido a las personas. Solución que es aceptada por la Constitución e impuesta expresamente por el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (incs. b) y c)).

Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben entenderse complementarios de los derechos y garantías que establece la Constitución significa que ellos son reglamentarios de tales derechos y garantías. Tal reglamentación se impone a la resultante del derecho interno, salvo que esta última sea más amplia.

## 97. Relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional

Los fundamentos de los votos mayoritarios contenidos en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Arancibia Clavel"(6) , "Espósito"(7) , "Lariz de Iriondo"(8) , "Simón"(9) y "Mazzeo"(10) , desarrollados con remisión a normas del derecho internacional y que soslayan el tratamiento de ciertas cláusulas constitucionales y del principio de supremacía constitucional generan una serie de interrogantes. ¿La Constitución federal está subordinada a los tratados internacionales, a la Convención de Viena, a los principios del derecho internacional y la costumbre internacional aunque ellos, en un caso concreto colisionen con los preceptos contenidos en nuestra Ley Fundamental? ¿La Corte Suprema de Justicia dejó de ser el tribunal supremo de la Nación, al tiempo que sus decisiones quedaron sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales? ¿Puede una convención reformadora de la Constitución apartarse de la ley que declaró la necesidad de su reforma? ¿Es viable, mediante un tratado internacional, modificar el texto de la Constitución? ¿Pueden el presidente de la República y el Congreso, mediante una actuación conjunta y concordante, ejercer la función constituyente del art. 30 de la Constitución? ¿El art. 27 de la Constitución está subordinado a los tratados internacionales? En definitiva, ¿cuál es el ordenamiento jurídico vigente en la Argentina?

Son cuestiones sumamente delicadas que acarrear cierta inseguridad jurídica a la luz de la Ley Fundamental, y cuya génesis reside en la desafortunada redacción asignada por la Convención Reformadora de 1994 al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Particularmente, en el significado que se pretendió acordar a los tratados internacionales sobre derechos humanos con las expresiones "tienen jerarquía constitucional", "en las condiciones de su vigencia", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" y "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", y al cual nos referimos en el punto 96.

Para desentrañar jurídicamente el significado de esa norma con prescindencia de toda valoración política, corresponde acudir a la hermenéutica propia del Derecho Constitucional.

Mediante la ley 24.309, publicada el 31/12/1993, el Congreso ejerció la función preconstituyente que regula el art. 30 de la Ley Fundamental.

Al margen del núcleo de coincidencias básicas, el art. 3º de la ley habilitó a la Convención para que, mediante la incorporación de nuevos incisos al art. 67 de la Constitución, se procediera a implementar institutos "para la integración y jerarquía de los tratados internacionales" (art. 3-I). Consideramos importante destacar que la reforma propiciada apuntaba a regular las facultades del Congreso contenidas en la parte orgánica de la Constitución y no de su parte dogmática. En ejercicio de tales potestades, el Congreso puede reglamentar los contenidos de la parte dogmática, pero jamás desconocerlos o alterarlos (art. 28 CN).

Asimismo, la ley dispuso que "serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente

apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración" (art. 6º), y 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" (art. 7º).

Conforme a la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, ejerciendo el Congreso su función preconstituyente en el marco del art. 30 de la Ley Fundamental, la Convención quedó habilitada para otorgar nuevas potestades al órgano legislativo destinadas a regular "la integración y jerarquía de los tratados internacionales". Pero, claro está, con respeto de la absoluta intangibilidad de los arts. 1º a 35 de la Constitución y consideración de que la interpretación de una ley declarativa de reforma es esencialmente restrictiva.

De esta primera aproximación, y como corolario, resulta la prohibición impuesta de manera expresa por la ley para introducir alguna modificación, alteración o agregado que cambiara el texto, el significado y consecuente interpretación de los arts. 1º, 18, 24, 27, 28, 30, 31 y 33 de la Ley Fundamental, entre otros. Esa prohibición también alcanzó a su Preámbulo, que establece la supremacía de la Constitución, y al art. 108 porque no fueron incluidos en la ley 24.309.

Al ser dispuesta la intangibilidad de los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, la referencia legal a "la integración y jerarquía de los tratados internacionales" solamente permitía establecer la relación jerárquica entre los tratados internacionales y las leyes, pero no de ellos con la Constitución. Asimismo, al limitarse la relación con los tratados internacionales, quedaba excluida toda consideración de los principios del derecho internacional y de la costumbre internacional, a menos que ellos fueran receptados por una ley ordinaria o por una ley aprobatoria de un tratado internacional que hiciera referencia a tales normas, aunque sin poder subordinar la Constitución a ellos.

Sobre la base de tales antecedentes, entendíamos que, cuando la ley 24.309 habilitó a la Convención Reformadora para modificar el actual art. 75, y establecer nuevos incisos en el entonces art. 67 con el propósito de regular "institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales", apuntaba no solamente a los tratados de integración sino también a la relación jerárquica que debía existir entre las leyes y los tratados. Es que, si la relación jerárquica entre los tratados y la Constitución resultaba del art. 27 —que no se podía reformar—, era razonable que la relación jerárquica entre los tratados y las leyes fuera contemplada en la cláusula constitucional que establece las atribuciones del Congreso.

Sin embargo, un análisis semántico del curso de acción seguido por la Convención Reformadora revela que se habría pretendido superar, aparentemente, los límites fijados por la ley 24.309 a menos que, mediante una interpretación teleológica y sistemática arribemos a una conclusión diferente.

En el despacho originario de la Comisión de Redacción de la Convención Reformadora se propuso modificar el inc. 19 del entonces art. 67 de la Constitución. Esa norma autorizaba al Congreso para aprobar o desechar los

tratados internacionales. En el proyecto de la Comisión, se mantuvo esa potestad, al tiempo que se agregó que los tratados y concordatos "tienen jerarquía superior a las leyes". En este aspecto, la reforma propuesta no era cuestionable pues se limitaba a establecer el orden jerárquico entre las leyes y los tratados, receptando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia; preservando la supremacía del derecho federal (art. 31 CN) y respetando la supremacía de la Constitución sobre los tratados, resultante del art. 27.

Pero luego, en el segundo párrafo, se enunciaron diversos documentos internacionales sobre derechos humanos y se estableció que "tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada cámara". Asimismo, en un tercer párrafo, se disponía que los tratados y convenciones sobre derechos humanos que en lo sucesivo fuesen aprobados por el voto de los dos tercios del total de miembros de cada cámara, gozarían de igual jerarquía constitucional que los citados en el párrafo anterior.

¿Qué significa que tales tratados tienen jerarquía constitucional? En la sesión del 26 de julio el convencional Rodolfo Barra sostuvo que lo que se estaba haciendo era colocar a ciertos tratados "en la misma jerarquía de la Constitución, es decir, se los integra, se los introduce a la Constitución", aunque en las sesiones plenarias de la Convención rectificó su postura.

Por su parte, la convencional Elisa Carrió, siguiendo las instrucciones que había recibido, propuso que, después de la referencia a la "jerarquía constitucional", se añadiera "y deben entenderse complementarios de las declaraciones, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución".

Cuando el convencional Alberto García Lema le preguntó cuál era el sentido del agregado propuesto, Carrió contestó que tenía por objeto destacar que no se derogaba la parte dogmática de la Constitución y que, la palabra "complementarios" significaba que "adiciona derechos a los establecidos en la parte orgánica de la Constitución, pero que no deroga ninguno de los derechos que están en ella". De tal manera, entendió que no se violaba el límite establecido por la ley 24.309: "donde establece que en ningún caso estamos habilitados para tocar la parte dogmática de la Constitución".

Argumento por demás cuestionable porque el art. 7º de la ley 24.309 no se refiere a la derogación de los contenidos de esa primera parte, sino a su modificación. Y, adicionar contenidos a esa primera parte importa su modificación, a menos que entendamos que el alcance de los tratados tiene carácter reglamentario de la primera parte, en particular de su art. 33, en cuyo caso, por tratarse de normas reglamentarias de la Constitución, quedan subordinadas a ella.

Las agudas observaciones formuladas por el convencional Alberto Natale en la Comisión de Redacción determinaron la exposición de nuevos argumentos desprovistos de la rigidez de aquellos que habían formulado Barra, Arias y Carrió.

Así, el convencional Humberto Quiroga Lavié, tras adherirse a la propuesta de Carrió para que los tratados fueran considerados complementarios, destacó que la supremacía de la Constitución sobre los tratados resulta de su art. 27. Agregó que la redacción asignada a la cláusula constitucional no altera los alcances de ese art. 27, porque asignar a los tratados jerarquía constitucional no significa que los tratados formen parte de la Constitución, sino que tienen jerarquía supralegal.

Criterio que no fue compartido por Carrió, al entender que el art. 27 no establece la supremacía de la Constitución sobre los tratados porque "es una norma dirigida al Congreso Nacional para que cuando apruebe tratados internacionales verifique la correspondencia con el derecho público interno". Sin embargo, no aclaró qué acontece si el Congreso no verifica esa correspondencia correctamente y aprueba un tratado que colisiona con las normas constitucionales.

La respuesta fue ofrecida por el convencional García Lema, que expresó: "En la medida que algunas normas de tratados internacionales contengan alguna disposición que se opusiese frontalmente con normas contenidas en la Primera Parte de la Constitución, no podría ser aplicada porque no puede llegarse por vía de tratados a desconocer un derecho contenido en la Primera Parte de la Constitución Nacional", porque no se trataría de una norma complementaria.

Para el convencional Antonio Hernández la atribución de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos no modificaba los arts. 27 y 31 de la Ley Fundamental porque aquéllos son complementarios de sus normas y, como tales, "no podríamos nunca interpretar que estos tratados internacionales puedan lesionar, menoscabar, desconocer, alterar o destruir los derechos que están reconocidos por la Constitución".

El convencional Juan Pablo Cafiero propuso incorporar un nuevo agregado al texto debatido. Sustituía la referencia al carácter complementario de los tratados que había propuesto Carrió por: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, y no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías". Su proyecto repetía el esquema contenido en el art. 33 de la Constitución. Fue rechazado, con cierta cuota de agresividad, por Barra, quien consideró que se trataba de un grave error técnico "suponer que un derecho constitucional puede ser negación de otro derecho constitucional, y esto es imposible". Insistió en que se mantuviera la mención sobre el carácter complementario de los tratados y su postura fue apoyada por los convencionales Elisa Carrió y Aníbal Ibarra, aunque se aceptó incluir la referencia a "en las condiciones de su vigencia".

Finalmente, la Comisión de Redacción decidió que, a continuación de la enunciación de los tratados internacionales, se expresara: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución".

Los miembros informantes del despacho de mayoría en las sesiones plenarias de la Convención fueron Juan Pablo Cafiero y Rodolfo Barra. El primero destacó que se le otorgaba jerarquía supralegal a los tratados internacionales y que se aceptaba la

competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los tratados sobre derechos humanos "y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", mención, esta última, que colisionaba con el art. 108 de la Constitución. Añadió que, si bien un sector de la doctrina era partidario de imponer la supremacía del derecho internacional sobre la Constitución, la propuesta del dictamen de mayoría no aceptaba ese criterio y propiciaba sólo la supremacía de los tratados "en los que Argentina sea o se haga parte", sin aclarar si esa supremacía se concretaba sólo ante las leyes o si también se extendía a la Ley Fundamental, solución esta última inviable a la luz del art. 27 de la Constitución, cuya modificación estaba vedada.

Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, sostuvo que algunos de ellos son elevados "al rango constitucional". Añadió que, al tener "jerarquía constitucional", están en "pie de igualdad con la Constitución Nacional", pero no la integran estrictamente, sino que la complementan. Que no se niega el carácter supremo de la Constitución porque los tratados no son normas de la Constitución ni se incorporan a ella.

Con respecto a la cláusula "en las condiciones de su vigencia", para Barra ella significa que los tratados se incorporan al derecho argentino "con las reservas y declaraciones interpretativas si las hubiese. Estas reservas y declaraciones interpretativas integran el tratado, a los efectos, tanto del derecho interno como del compromiso internacional que nuestro país asume".

En cuanto al carácter "complementario" que la Constitución le atribuye a los tratados, Barra señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los arts. 1 a 35 de la Ley Fundamental porque, caso contrario, se estaría vulnerando el art. 7º de la ley 24.309 que "fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la Primera Parte de la Constitución Nacional".

Para disipar toda duda, los convencionales Cafiero y García Lema propusieron agregar, al dictamen de la mayoría, la expresión "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución", agregado que fue aprobado por el bloque de la Unión Cívica Radical, a través de Miguel Ortiz Pellegrini: "nos parecen correctas las modificaciones que se han propuesto, porque ya nadie podrá decir que nos hemos exlmitado o que, de alguna manera, hemos usado nuestras atribuciones fuera del estricto marco de la ley que nos trajo aquí, es decir, la 24.309".

Resulta importante destacar que el plenario de la Convención no aprobó una propuesta formulada por la convencional María Lucero consistente en incorporar, al texto del art. 75, inc. 22, de la Constitución y a continuación de su párrafo segundo, lo siguiente: "En relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto, serán imprescriptibles".

Los debates concretados en el seno de la Convención Reformadora de 1994, y en particular los fundamentos expuestos para aprobar el despacho de la mayoría, son

elementos esenciales que nos permiten aproximarnos a la interpretación auténtica que corresponde asignar al art. 75, inc. 22, de la Constitución.

En procura de esbozar una relación armónica en el ordenamiento constitucional, sobre la base de una interpretación teleológica y sistemática, arribamos a las conclusiones siguientes:

1) Todos los tratados y convenciones internacionales tienen jerarquía suprallegal. No pueden ser derogados o modificados mediante una ley ordinaria del Congreso, sino sólo a través del procedimiento constitucional para la aprobación y puesta en vigencia de los tratados.

2) La Convención, al estar habilitada para determinar la jerarquía de los tratados, no sólo les asignó carácter suprallegal, sino que también estableció un orden jerárquico entre ellos al distinguir cinco tipos de tratados: 2.1) Los tratados que regulan materias extrañas a la integración y a los derechos humanos. 2.2) Los tratados sobre derechos humanos puestos en vigencia y aprobados por el Congreso sin las mayorías especiales previstas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Sin embargo, estos tratados pueden tener jerarquía superior a estos últimos si, conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regulan tales potestades de manera más favorable para las personas. 2.3) Los tratados de integración, en las variantes previstas en el art. 75, inc. 24, siempre que respeten las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en otros tratados. Los tratados de integración no pueden desconocer o reducir la amplitud de la tutela a los derechos humanos dispensada por otros tratados, aunque sí podrían ampliarla. Tampoco pueden desconocer el orden democrático, tal como está regulado en la Constitución. 2.4) Los tratados sobre derechos humanos que, después de ser sancionada la reforma constitucional de 1994, sean aprobados y entren en vigencia conforme a las mayorías especiales establecidas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, y siempre que otorguen a esos derechos un reconocimiento más favorable que los simples tratados sobre derechos humanos o las leyes locales. 2.5) Los tratados sobre derechos humanos citados en el art. 75, inc. 22 que, a igual que los anteriores, pueden ser denunciados por la acción conjunta del Congreso y el Poder Ejecutivo, sin que sea necesaria la reforma constitucional porque ellos no forman parte de la Constitución.

3) Conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el carácter suprallegal de los tratados cede ante las leyes internas que otorgan, a tales derechos, una protección más favorable para las personas. En tales casos, la ley no deroga ni modifica los tratados, sino que suspende la aplicación de algunas cláusulas de estos últimos.

4) La referencia a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos significa que están incorporados operativamente al orden jurídico interno argentino y sujetos a las disposiciones contenidas en los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental. No son supraconstitucionales ni forman parte de la Constitución. Si formaran parte de la Constitución, se estaría violando el art. 30 de ella, porque los enunciados en el art. 75, inc. 22, pueden ser denunciados sin

intervención de una Convención Reformadora, y otro tanto los aprobados después de la reforma de 1994. Si no se acepta esta conclusión, tendríamos que admitir que fue reformado el art. 30 de la Ley Suprema, cuya modificación estaba prohibida por la ley 24.309 bajo la pena de nulidad.

5) Los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo rigen en las condiciones de su vigencia, es decir tal como fueron aprobados con sus reservas y declaraciones interpretativas, Condición que está permitida por el art. 19 de la Convención de Viena.

6) Los tratados, a menos que se convenga expresamente lo contrario, no tienen aplicación retroactiva según el art. 28 de la Convención de Viena. De acordarse lo contrario, las cláusulas del tratado no podrán colisionar con los derechos y garantías de carácter humano enunciados en la Primera Parte de la Constitución conforme a su art. 27 y que, de acuerdo a las normas reglamentarias generaron derechos adquiridos.

7) Los tratados internacionales no pueden derogar ni modificar artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución. Así lo estableció el art. 7º de la ley 24.309 y así lo dispone el propio art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Caso contrario, se estarían vulnerando los arts. 27 y 30 de la Constitución —cuya reforma no fue autorizada— y se podría invocar el art. 46 de la Convención de Viena cuando establece que un Estado puede alegar, como vicio de su consentimiento, la circunstancia de que el tratado afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Y no hay norma de mayor importancia fundamental en el derecho interno argentino que su Constitución federal. En tal caso, el Estado deberá seguir el procedimiento previsto en el art. 65 de la Convención de Viena y los jueces nacionales, como partes integrantes del gobierno, que tienen a su cargo el control de constitucionalidad, deberían abstenerse de aplicar las cláusulas cuestionadas porque, en el orden interno, un juez de la Constitución jamás puede aplicar una norma inconstitucional. El control de constitucionalidad que incumbe a los jueces no puede ser limitado como consecuencia de una errónea valoración del Congreso y del Poder Ejecutivo sobre la validez constitucional de un tratado. Su prerrogativa de aprobar y ratificar tratados no es discrecional y está sujeta al control de constitucionalidad.

8) Los tratados internacionales sobre derechos humanos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Nuestra Ley Fundamental, a diferencia de la de otros países, presenta la virtud, fruto de una eficiente técnica para la formulación de sus normas, de ser genérica, flexible, clara y expuesta en el lenguaje común, al menos en su Primera Parte. Merced a esa técnica, todas las libertades, como especies del género libertad, están reconocidas por la Constitución. Ya sea de manera explícita o mediante la cláusula residual de su art. 33. Todas las libertades individuales y sociales, tanto las que ya se manifiestan en la convivencia social como las libertades en embrión que nacerán debido al carácter dinámico de la vida social, están avaladas por la Ley Fundamental. De manera que un tratado internacional no crea derechos, garantías o libertades, sino que reglamenta, con jerarquía superior a las leyes, las ya

reconocidas por la Constitución. Cumple la función prevista en el art. 28 de la Ley Fundamental.

9) Los tratados internacionales, al igual que toda norma jurídica, disfrutan de la presunción de constitucionalidad y, en caso de duda, corresponde aceptar su validez. Esta conclusión abstracta sólo podría ceder ante un caso concreto si su aplicación a él importa el desconocimiento de algún precepto constitucional, previa constatación de la imposibilidad de armonizar ambas normas en función de sus objetivos.

10) La Convención Reformadora de 1994 asignó jerarquía supralegal a los tratados, pero no a los principios de derecho internacional ni a la costumbre internacional, a menos que ellas sean receptadas en un tratado. Pero, aunque así fuera, tales principios y costumbres no derogan ni modifican los principios expuestos en la Constitución federal, conforme a su art. 27.

Se podrá argumentar que estas conclusiones responden a un enfoque esquemático y que no se compadecen con aquellas que resultarían de una valoración adecuada sobre el desenvolvimiento del derecho internacional desde comienzos del siglo XX. Pero, en tal caso, nos estaremos apartando de la unidad de análisis jurídico que es la Constitución Nacional para introducirnos en un debate de carácter político, donde la ley queda subordinada a los juicios de valor.

Consideramos que el poder de concertar tratados internacionales, previsto en el art. 75, incs. 22 y 24, debe entenderse subordinado a la Ley Fundamental. Un tratado que desconoce las normas constitucionales es nulo porque estaría autorizando lo que la Constitución prohíbe. Sostener lo contrario sería conferir al Congreso y al Poder Ejecutivo la potestad de ejercer el poder constituyente al margen del art. 30 de la Constitución, y así avalar la perversión constitucional, perversión motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología que conduce a la alteración de los valores constitucionales.

Un sector importante de nuestra doctrina constitucional considera que los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, no son infraconstitucionales como los restantes. Ellos, junto al texto de la Ley Fundamental, conformarían un sistema o bloque de constitucionalidad federal. Su análisis no podría ser efectuado al margen de la Constitución porque la integran, complementando sus disposiciones. La eventual colisión entre la primera parte de la Constitución y las normas de esos tratados internacionales deberá priorizar los derechos humanos mediante la interpretación. Pero, si la oposición se manifiesta con la segunda parte de la Constitución, corresponde otorgar preferencia a las normas constitucionales.

Arribando a una conclusión similar, algunos de los ministros de la Corte Suprema han sostenido que los constituyentes efectuaron un juicio de comprobación, entre los tratados que cita el art. 75, inc. 22, y el articulado de la Constitución, cotejando sus disposiciones. Al incorporarlos al texto de la Ley Fundamental, y como consecuencia de esa verificación, entendieron que esos tratados internacionales sobre derechos humanos no derogaban parte alguna de la Constitución y que ese

juicio formulado por el órgano constituyente no puede ser desconocido por los poderes constituidos.

Debido a su carácter dogmático, no compartimos la opinión expuesta. Ella veda toda posibilidad de analizar la validez de las normas incorporadas por la Convención Reformadora de 1994 y se contradice con la argumentación expuesta por la Corte Suprema en el caso "Fayt"(11) .

Por otra parte, los fundamentos citados en los párrafos anteriores, ¿son aplicables a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados con posterioridad a la reforma constitucional? Entendemos que no, porque ellos no fueron objeto de la presunta verificación que habría efectuado la Convención Reformadora, sino de un análisis realizado por los órganos legislativo y ejecutivo cuya actuación está sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial.

Después de la reforma de 1994, los tratados sobre derechos humanos que fueron aprobados con la mayoría especial del art. 75, inc. 22, son la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por las leyes 24.556 y 24.820, y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por las leyes 24.584 y 25.778.

Respecto de estos últimos, se podría entender que, por el hecho de no haber sido convalidados por una convención constituyente, estarían en un nivel jerárquico inferior a los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Esta hipótesis sería aceptable si compartiéramos el criterio citado de algunos de los ministros de la Corte Suprema(12) . Sin embargo, como la norma constitucional permite la denuncia de los tratados que enumera, sobre la base de una mayoría igual a la requerida para la aprobación de nuevos tratados sobre derechos humanos, la relación jerárquica se diluye quedando, ambas categorías, en un plano de igualdad.

Esto significa que, si las cláusulas de un tratado sobre derechos humanos son incompatibles con las de otro, se deberá otorgar preferencia al que tenga aprobación más reciente y siempre que sus contenidos resulten más favorables para la dignidad y libertad de las personas, con los límites resultantes de la Constitución.

#### 98. Interpretación y aplicación de los tratados internacionales

Nuestra opinión sobre la relación de los tratados internacionales, y en particular los tratados sobre derechos humanos, con la Constitución la hemos expuesto en los puntos anteriores. Ella se basa en las normas contenidas en la ley 24.309 que dispuso la necesidad de la reforma de la Ley Fundamental llevada a cabo en 1994. Esa ley prohibía toda modificación, directa o elíptica, a los arts. 27, 30 y 31 de la Constitución. Otro tanto, respecto del entonces art. 94 y actual art. 108, que atribuye a la Corte Suprema de Justicia la titularidad del Poder Judicial.



Corresponde aclarar que nuestra opinión no es compartida por ciertos sectores de la doctrina nacional, así como tampoco por la jurisprudencia de la Corte Suprema, conforme a los votos emitidos por la mayoría de sus miembros. Aunque, con referencia a la doctrina jurisprudencial, no podemos aseverar que ella sea definitiva y consolidada conforme al dinamismo que la caracteriza.

En la doctrina, percibimos tres posturas. Para la primera, los tratados internacionales sobre derechos humanos que fueron incorporados a la Constitución forman parte de ella con carácter supraconstitucional. Toda colisión entre una norma constitucional común y la contenida en un tratado sobre derechos humanos incorporado a la Ley Fundamental debe ser superada mediante la integración y, de no ser ella posible, las normas resultantes de aquellos tratados tienen aplicación preferente sobre las cláusulas de la Ley Fundamental que no se pueden armonizar con aquéllas.

Para la segunda, los tratados internacionales sobre derechos humanos no integran la Constitución. La complementan, pero tienen un rango inferior. Son normas reglamentarias de los derechos y garantías expuestos en la Constitución, con jerarquía superior a las leyes internas reglamentarias. En caso de operarse una colisión entre tales normas, y si no es posible armonizarlas, corresponde aplicar aquella que le brinde mayor amplitud el derecho o garantía en virtud del principio pro homine. Pero ello no sería viable si, con la aplicación de tal principio, se vulnera una expresa disposición de la Ley Fundamental. Situación esta última poco probable si se considera la intensa finalidad y contenido humanista que presenta la Constitución. Nos adherimos a esta postura.

Para la tercera, los tratados internacionales sobre derechos humanos no están incorporados a la Constitución, aunque sus normas tienen igual jerarquía que las de esta última con la cual conforman un bloque de constitucionalidad federal. Su interpretación debe ser armónica y dar siempre prioridad al principio pro homine.

Entre las dos últimas posturas no existen, en principio, diferencias sustanciales. Sin embargo, ellas se amplían considerablemente cuando quienes se enrolan en la tercera postura le asignan carácter supraconstitucional a las normas del derecho internacional, a la costumbre internacional y el ius cogens en materia de derechos humanos. En tales casos las normas internacionales generadas por los tratados o convenciones celebrados entre los Estados, así como también las resultantes de la costumbre internacional, y particularmente del ius cogens, cuya vigencia imperativa es universal, se introducen en el derecho interno donde conforman la cima de su ordenamiento jurídico.

Semejante criterio tiende, paulatinamente, a ser receptado por nuestra doctrina jurisprudencial, aunque no cabe aseverar que medie una aceptación definitiva.

En algunos casos, advertimos cierta cuota de esnobismo en esa tendencia pues, para garantizar debidamente los derechos humanos, soslaya innecesariamente las normas del derecho positivo interno sin advertir que, mediante la correcta interpretación y aplicación de estas últimas, se puede arribar a igual resultado.

La decisión adoptada en el caso "Verbitsky"(13), por cierto loable como también la de quienes promovieron la sustanciación de la causa, bien se pudo alcanzar mediante la simple invocación del art. 18 de la Constitución: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable el juez que la autorice".

¿No era suficiente con invocar esa norma constitucional a la luz de una interpretación sistemática y dinámica de la Ley Fundamental? Aparentemente no. Sin embargo, a cinco años de dicha sentencia, prosigue siendo deplorable e inhumano el sistema carcelario por una sencilla razón: no hay interés, y por ende voluntad política para concretar el cambio dispuesto por la Corte Suprema.

En el caso "Giroldi"(14), la Corte destacó que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debían "servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El esquema de la nueva estructura del fuero penal, integrada por un tribunal colegiado de sentencia y de una cámara de casación cuya competencia se limitaba al análisis de las cuestiones de derecho, pero no sobre los hechos que conforman una causa penal, era aceptable. Pero, la reforma introducida por la ley 23.744 al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial había restringido la posibilidad de plantear el recurso extraordinario en temas carentes de agravio federal suficiente o cuando se trataba de cuestiones insustanciales o sin trascendencia. De modo que para remediar esto último y mantener la amplitud de la doble instancia, la Corte declaró la invalidez del art. 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal en cuanto vedaba el recurso de casación cuando se cuestionaba la magnitud de la condena impuesta en un juicio penal tal como aconteció en el caso.

Con motivo del ataque terrorista perpetrado el 23 de enero de 1989 contra los cuarteles de La Tablada, fueron condenadas veinte personas a cumplir diversas penas. Una vez firme la sentencia(15), dos de los integrantes de ese grupo se presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando que el Estado argentino había vulnerado sus derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión entendió que había responsabilidad del Estado por el desconocimiento de los derechos invocados por los peticionarios, entre ellos la potestad amplia de recurrir la sentencia ante un tribunal superior. Asimismo, recomendó al Estado para que adoptara las medidas apropiadas para reparar el daño ocasionado, debiendo informar a la Comisión dentro del plazo de un mes para dar cumplimiento a las recomendaciones. Habiendo vencido ese plazo sin que mediara una respuesta satisfactoria del Estado, los peticionarios plantearon una acción de hábeas corpus demandando que fuera dispuesta su libertad de manera inmediata. Al confirmar el rechazo de la acción(16), la Corte Suprema destacó que las opiniones o recomendaciones de la Comisión deben servir "de guía para la interpretación de los preceptos convencionales", pero no son vinculantes para el Poder Judicial pues ellas no emanan de un órgano jurisdiccional sino de un organismo de naturaleza política.

En el caso "Felicetti"(17) , la Corte Suprema reiteró los argumentos expuestos en el caso "Acosta" sobre el alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana. Añadió que ellas en modo alguno permitían su aplicación con carácter retroactivo para revisar sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. La sentencia había sido dictada, antes de la creación de la Cámara de Casación Penal, por la Cámara Federal de Apelaciones que revestía el carácter de tribunal superior. Aclaró que la situación era diferente a la que se había planteado en el caso "Gorriarán Merlo"(18) donde, si bien la sentencia se dictó una vez creada la Cámara de Casación Penal, ella no se hallaba firme.

La necesidad de admitir una doble instancia amplia en materia penal, extensiva a la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho, fue impuesta por la Corte Suprema en el caso "Casal"(19) .

El Alto Tribunal sostuvo que debía admitirse una "interpretación progresiva" del texto constitucional compatible con el requisito "del derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior del art. 8.2. ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del concordante art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Es importante destacar que la Corte Suprema admitió que las normas de aquellas convenciones internacionales eran reglamentarias del art. 18 de la Constitución: "No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional" en materia de arbitrariedad.

Concluyó señalando: 1) Que la norma en cuestión no limita ni reduce el recurso de casación a las cuestiones de derecho; 2) que existe una imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho; 3) que la interpretación amplia o limitada del recurso de casación debe decidirse en favor de la primera por ser la única compatible con las normas constitucionales, en atención a la reglamentación de ellas emanada de los documentos internacionales.

Estimamos que esta solución es intensamente razonable pues no colisiona con el articulado humanista de nuestra Constitución y, además, ofrece una garantía más sólida para preservar el derecho de defensa en una causa penal.

Tal garantía, si bien puede provenir de una interpretación del texto constitucional, se impone por estar regulada en tratados internacionales que, conforme el art. 75, inc. 22, de la Constitución, tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso como, en el caso, el Código Procesal Penal.

En los casos citados, al igual que en otros que no suscitaron mayores controversias, la interpretación expuesta en las sentencias de la Corte Suprema se basó o coincidió con las emitidas por organismos internacionales. Sin embargo, ese acatamiento intransigente de la doctrina jurisprudencial externa acarreó conclusiones difícilmente compatibles con algunos principios básicos resultantes del texto y de una interpretación teleológica de la Constitución.

El desconocimiento de la prescripción de la acción penal impuesta por ley en beneficio del imputado; el desconocimiento del principio de legalidad en materia penal; la aplicación retroactiva de normas penales más gravosas para el imputado; la negación de la cosa juzgada; la aceptación del doble juzgamiento conculcando el principio non bis in idem ; la violación de derechos adquiridos y la invalidez de ciertas amnistías e indultos dictados con estricto apego a la Ley Fundamental son algunos de los supuestos que conllevan una manifiesta inseguridad jurídica provocada por las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en cuestiones que serán objeto de un análisis detallado(20) .

99. Efectos de la interpretación de los tratados internacionales por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme al art. 31 de la Convención de Viena, los tratados deben ser interpretados de buena fe, según el "sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Asimismo, se considerará todo acuerdo referente al tratado sobre su modalidad de interpretación, incluida la previsión de órganos encargados de efectuar esa interpretación.

Ese principio fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso "Ekmekdjian c. Sofovich"(21) , cuando declaró la vigencia operativa del derecho de rectificación o respuesta previsto en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, el Tribunal añadió que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debía "guiarse por la jurisprudencia" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la opinión consultiva 7/1986 expresó que el derecho de rectificación o respuesta era exigible internacionalmente. El hecho de que la Convención autorice a los Estados a reglamentar ese instituto no impide su exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones.

La mayoría se abstuvo de analizar si la cláusula internacional constituía un acto de censura para la libertad de prensa, expresamente prohibido por el art. 14 de la Constitución.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada mediante la ley 23.054 sancionada el 1/3/1984, promulgada el 19/3/1984 y publicada el 27/3/1984. En su art. 2º reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido. En cuanto a ésta, admite su competencia respecto a la interpretación o aplicación de esa Convención bajo condición de reciprocidad.

Cuando el entonces presidente de la República, Raúl Alfonsín, ratificó la Convención el 14/8/1984, determinó cuáles eran las "condiciones de su vigencia" a que alude el art. 75, inc. 22, de la Constitución. En esa ratificación se dispuso: 1) Las competencias de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se acepta "con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones

interpretativas que se consignan en el documento anexo". 2) Las obligaciones contraídas con motivo de la Convención "sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento". Se veda su aplicación o interpretación con efectos retroactivos. 3) La Convención se "interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con las que resultaren de reformas hechas en virtud de ella".

Cabe entender que, en "las condiciones de su vigencia" y conforme al art. 19 de la Convención de Viena, importa una subordinación, en la tarea interpretativa, del documento internacional a la Constitución y que la interpretación de esta última no incumbe a un tribunal internacional sino, en última instancia, a la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, al declararse que la Convención no puede ser interpretada o aplicada con efecto retroactivo, el Estado se acogió a la potestad que le otorga el art. 28 de la Convención de Viena, que establece la irretroactividad de los tratados.

En el anexo de la ratificación se estableció:

1) El art. 21 de la Convención queda sujeto a una reserva por la cual no son revisables por un Tribunal Internacional las cuestiones referentes a la política económica del gobierno.

2) Tampoco es revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública, interés social e indemnización justa.

3) El art. 5º, inc. 3º, de la Convención debe interpretarse en el sentido de que la pena no puede trascender a la persona del delincuente. Se excluyen las sanciones penales vicariantes.

4) El art. 7º, inc. 7º, debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de la detención por deudas "no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente".

5) El art. 10 de la Convención debe "interpretarse en el sentido de que el error judicial sea establecido por un Tribunal Nacional". Ese error no puede ser declarado por un tribunal internacional.

Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos existen dos órganos competentes para intervenir en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados que son parte de ella: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión es un organismo de naturaleza política que integra la Organización de los Estados Americanos. Representa a todos los Estados miembros de esa Organización y sus integrantes son elegidos por la Asamblea de la Organización (arts. 35 y 36). Es un ente previsto en el art. 106 de la Carta de la Organización de

los Estados Americanos que, al margen de las funciones que le asigna ella — presentar informes sobre el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre— también le corresponde igual potestad con referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos pero limitada respecto de los Estados parte de ella.

Los arts. 44 y 45 disponen que cualquier persona puede denunciar ante la Comisión el incumplimiento de la Convención por un Estado parte, y también puede hacerlo un Estado parte respecto de otro. Para dar curso a la petición es requisito que se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna, salvo que en el Estado parte su legislación interna no se adecue a los principios del debido proceso para la tutela de los derechos que habrían sido violados, o no se haya permitido al denunciante el acceso a la jurisdicción interna, o exista un retardo injustificado en la tramitación de las vías jurisdiccionales internas (art. 46).

Si se cumplen los requisitos formales y sustanciales por el peticionario, la Comisión requerirá información al Estado en cuyo ámbito actúa la autoridad que habría incurrido en la violación, la cual deberá ser presentada en el plazo que aquélla determine. Presentado el informe, o vencido el plazo sin que éste se produzca, la Comisión podrá archivar las actuaciones si estima que no existen o se han diluido los motivos sobre los cuales se basó la petición. Caso contrario, la Comisión procederá a examinar la cuestión planteada y las pruebas producidas y podrá, en cualquier momento, requerir información y datos complementarios a las partes (art. 48).

Sobre la base de los elementos analizados, la Comisión se pondrá a disposición de las partes para concretar una solución amistosa en función del resguardo de los derechos humanos comprometidos. Si se arriba a esa solución, la Comisión redactará un informe que hará conocer a las partes y a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para su publicación. De no concretarse la solución, la Comisión elaborará un informe con sus conclusiones que podrá contener proposiciones y recomendaciones (arts. 48 a 50).

Si dentro de los tres meses de ser notificado el informe a las partes no se soluciona la cuestión planteada, o si ella es sometida a la decisión de la Corte Interamericana por la propia Comisión o el Estado interesado, la Comisión emitirá su opinión y sus conclusiones sobre el caso por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros (art. 51).

¿Son obligatorios para el Estado los informes del art. 50 o las recomendaciones del art. 51? Considerando que no se trata de un organismo jurisdiccional sino político, cuya función es procurar la concreción de una solución consensuada o aceptada por las partes, se entiende que los informes y recomendaciones no son vinculantes para el Estado, sin perjuicio de procurar su cumplimiento conforme a los principios de buena fe.

Tal ha sido también el temperamento adoptado por la Corte Suprema de Justicia, que, si bien admite que los informes de la Comisión constituyen una guía para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considera

que el apartamiento de ellos no acarrea la responsabilidad internacional del Estado(22) .

A diferencia de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un organismo que tiene jurisdicción internacional. Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte puede actuar como un organismo de consulta o como tribunal encargado de resolver una controversia.

Las opiniones consultivas que emite la Corte, por ser tales, no son de cumplimiento obligatorio y el Estado que se aparta de ellas no incurre en responsabilidad internacional.

La Corte Suprema de Justicia, al igual que respecto de los informes de la Comisión, entiende que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, si bien no son obligatorias, deben ser debidamente valoradas y compartidas a los fines de la interpretación de la Convención.

La Corte Interamericana, al margen de las opiniones consultivas, puede ejercer su función jurisdiccional en aquellos casos sometidos a su decisión por un Estado parte o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 61), una vez agotadas las actuaciones ante la Comisión.

El fallo que dicte la Corte es definitivo e inapelable (art. 68). Así lo admitió el Estado argentino cuando, por ley 23.054, aceptó su competencia para interpretar o aplicar la Convención. Consideramos que esa aprobación está condicionada a las reservas y condiciones expuestas por el Poder Ejecutivo cuando procedió a la ratificación de ese documento internacional, conforme el art. 19 de la Convención de Viena.

Las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos erga omnes , pues sólo son obligatorias para los Estados que sean parte en la causa (art. 68), aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados.

Las sentencias condenatorias aplicadas a un Estado por la violación de derechos humanos acarrearán, generalmente, dos obligaciones: 1) Reparar el daño causado; 2) adoptar las medidas positivas necesarias para evitar la reiteración del hecho ilícito consistente en no honrar las obligaciones internacionales.

El art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la sentencia debe condenar al Estado infractor a: 1) Restablecer la vigencia del derecho vulnerado; 2) reparar, si es viable, las consecuencias de la violación; 3) ordenar, si corresponde, el pago de una indemnización justa.

¿Qué consecuencias acarrea el incumplimiento de la sentencia por el Estado? En realidad, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden en los hechos ser desconocidas por el Estado, y como ese organismo carece de imperium no puede ejecutar la sentencia ni dispone de medios para exigir su cumplimiento. Es cierto que, conforme al art. 27 de la Convención de Viena, los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales y que el incumplimiento

genera su responsabilidad internacional, con la salvedad de la hipótesis expuesta en el art. 46 de esa Convención. A lo sumo, el incumplimiento se traducirá en una nueva violación del orden internacional.

Con similares alcances, el art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la Corte Interamericana de Derechos Humanos someterá un informe anual sobre su labor a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, y de manera especial, las recomendaciones pertinentes sobre los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

En ambos casos, y al margen del grado de credibilidad que podrá merecer el Estado que no cumple con sus obligaciones en el orden internacional, la definición del caso responderá a un enfoque netamente político y no jurídico. Serán considerados los efectos que pueda acarrear la presión que, eventualmente, podrá ejercer el organismo internacional sobre la convivencia armónica de los Estados y la subsistencia de la propia estructura de la organización internacional. La decisión será política y realista, no jurídica y moralista, con prescindencia del respeto que merecen los derechos humanos.

Esta conclusión resulta evidente a la luz de un enfoque empírico de las relaciones internacionales. Basta advertir, para no remontarnos al siglo XX, las graves lesiones a los derechos humanos que se producen impunemente en aquellos Estados en los cuales imperan sistemas políticos absolutistas, autocráticos o autoritarios. Además, es significativo advertir cómo algunos pensadores que proclaman fervientemente su adhesión a la existencia de una comunidad internacional, a la trascendencia de los derechos humanos, ignoran tales aberraciones por razones ideológicas.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que en el siglo XXI la tesis de que los Estados no tienen obligaciones morales o que los tratados no tienen validez no es sostenida ni siquiera por los más entusiastas defensores del nacionalismo, poco predispuestos a impulsar la cooperación internacional. Pero también es cierto que muchas veces presenciemos Estados que violan tratados al tiempo que niegan haberlo hecho o invocan intereses nacionales para encontrar una justificación moral a sus conductas.

En un sector importante de nuestra doctrina se afirma con énfasis que la existencia de una comunidad internacional avala la aplicabilidad de la costumbre internacional o del *ius cogens* , y se llega al extremo de otorgar a las normas que emanan de ellos una jerarquía superior al texto de la Ley Fundamental. Otro tanto se advierte en los votos de algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia, así como también en los informes de la Comisión y en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Admitimos la presencia de una suerte de estereotipo, de una creencia generalizada, aunque irracional, que sostiene la existencia de una comunidad internacional por el simple hecho de existir Estados cuyos habitantes se comportan de manera similar y reflejan así una aparente comunidad de ideas. Se admite, sin discusión previa, que es una verdad. Que estamos en el ámbito de una comunidad

internacional consolidada que, como tal, es estable, permanente y definitiva. No de un proceso hacia la integración comunitaria, sino de una comunidad afianzada, de una civilización internacional.

Un análisis empírico nos permite cuestionar esa presunta verdad.

Una comunidad internacional presupone la vigencia del principio de igualdad entre sus miembros. La igualdad no puede ser absoluta, pero, al menos, es incompatible con las discriminaciones arbitrarias. Nos referimos tanto a la discriminación de las comunidades nacionales respecto de las minorías por razones religiosas, raciales o por ser extranjeras, como también a la discriminación de los Estados entre sí. Se recuerda la exposición de Neville Chamberlain en la Cámara de los Comunes el 21 de junio de 1938 con motivo de los bombardeos japoneses sobre las ciudades chinas: "Si no fuese porque China está tan lejos, y porque las escenas que tuvieron lugar allí estaban tan distantes de nuestra conciencia cotidiana, los sentimientos de horror, de piedad y de indignación que despertaría la observación de estos acontecimientos impulsarían a nuestro pueblo a actos que quizás nunca había imaginado". Esas palabras, expuestas hace más de setenta años, las podríamos repetir en nuestros tiempos, y con igual firmeza, respecto de las penurias del pueblo de Afganistán, Irak, Palestina, Israel, Pakistán, India y de otros Estados. Hasta no hace muchos años atrás, era manifiesta la indiferencia de los pueblos extranjeros —con la salvedad de muy pocos— sobre los atentados terroristas en Irlanda y España. Otro tanto respecto de la devastación, por fenómenos naturales, en lejanos países asiáticos donde, con cierta cuota de morbosidad, el interés recaía sobre la magnitud del hecho y no sobre los padecimientos de un pueblo. Por su parte, el reconocimiento del principio de igualdad entre los Estados muchas veces tiene carácter meramente formal. Desde una óptica realista, es fruto de las concesiones otorgadas por las potencias dominantes para coadyuvar a una convivencia armónica entre las naciones. Sin embargo, en mayor o menor grado, ellas se diluyen cuando se plantea un conflicto de intereses inconciliable. ¿Acaso podemos afirmar que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas es igual la gravitación y la envergadura del poder político de todos sus miembros? Entendemos que no. En determinados casos, advertimos que los derechos de ciertos Estados están a la merced de la benevolencia de otros, y eso no es igualdad.

Hasta nuestros días, felizmente, se condenan las atrocidades perpetradas por el nazismo en Europa y por el imperialismo japonés en Asia desde fines de la década del treinta del siglo XX y se aplauden las reparaciones de que fueron objeto, parcialmente, al concluir la Segunda Guerra Mundial. Pero cayeron en el olvido los millones de seres humanos que fueron despojados de su dignidad y vida en los gulag soviéticos por obra de un régimen que, hasta la caída del muro de Berlín, mereció la ponderación de los partidarios del comunismo en todo el mundo. El silencio acogió, en 1955, la libertad de miles de prisioneros de guerra del ejército alemán por la Unión Soviética que fueron obligados, junto con otros tantos que no sobrevivieron, a prestar trabajos forzosos y en condiciones absolutamente vejatorias. Y, como hecho puntual, ¿qué reparación mereció en 1945 —y hasta la

actualidad— la masacre de los bosques de Katyn cuando, en 1940, y por orden expresa de Stalin, fueron ejecutados en el curso de dos semanas más de 20.000 prisioneros de guerra del ejército polaco? Ninguna. O bien no fueron calificados como crímenes de guerra y de lesa humanidad —lo cual sería un absurdo— o porque Stalin en su carácter de líder de la Unión Soviética hasta 1953 no podía ser calificado internacionalmente de genocida debido a que era el jefe político de una de las grandes potencias mundiales. ¿Pero, dónde se hallaba y se halla la costumbre internacional y el *ius cogens*?

No desconocemos la existencia, desde hace más de cincuenta años, de un proceso de integración o aproximación de las naciones con el propósito de forjar una comunidad internacional y que ella pueda consolidarse. Es una senda correcta en el marco del dinamismo social y de la creciente interdependencia de los Estados, un proceso que se debe desarrollar conforme a la realidad social y no a las elucubraciones teóricas de aquellos que aspiran a precipitar el curso de la historia mediante la imposición de conceptos que no siempre integran la idea política dominante de todos los pueblos.

La comunidad internacional está en formación así como también la idea social dominante que le debe servir de sustento y que no necesariamente coincide con la de los partidarios de precipitar la conclusión de dicha evolución. Creer que ese proceso concluyó en el orden mundial y que, como consecuencia, debemos obrar conforme a una nueva tipificación política internacional, es incurrir en una actitud equivocada, o en el mejor de los casos, confundir la utopía con la realidad.

100. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional superior a la Corte Suprema de Justicia

El art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los fallos de la Corte Interamericana son definitivos e inapelables y que los Estados parte se comprometen a cumplir sus decisiones en los casos en que intervengan ante ese tribunal.

La ley 23.054, que aprobó la Convención, estableció que se reconoce la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención, bajo condición de reciprocidad. Lo propio decidió el Poder Ejecutivo cuando ratificó la Convención. Así lo hizo haciendo la salvedad respecto de las reservas formuladas, entre las cuales, con referencia al art. 10, expresó que esa norma debía ser interpretada en el sentido "de que el error judicial sea establecido por un tribunal nacional". Esto significa que la indemnización reconocida a quien es condenado por sentencia firme que incurre en un error judicial requiere que ese error sea declarado por un tribunal nacional y no por la Corte Interamericana.

Entendemos que la aprobación y ulterior ratificación de la Convención en modo alguno podían modificar el contenido de los arts. 108 y 116 de la Constitución, porque mediante la sanción de una ley y ratificación de un tratado internacional no se estaba ejerciendo el poder constituyente.

En nuestra opinión, es indudable que los fallos de la Corte Interamericana, que condenan al Estado argentino por violación de los derechos humanos conforme a la reglamentación de ellos contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser objeto de estricto cumplimiento, siempre y cuando no importen, a su vez, una violación de los preceptos de la Ley Fundamental.

Como principio general, la instrumentación del cumplimiento del fallo condenatorio incumbe al Congreso o al Poder Ejecutivo, pero sin que pueda apartarse de las atribuciones específicas que les confiere la Constitución.

Ese cumplimiento también le podría corresponder al Poder Judicial en cuanto es un órgano del gobierno estatal.

Ahora bien, si la ejecución del fallo es impuesta a la Corte Suprema por razones funcionales y para ello debería dejar sin efecto, total o parcialmente, una sentencia dictada en el caso concreto que motivó el pronunciamiento de la Corte Interamericana, entendemos que esa imposición es inaceptable.

No solamente porque nos enfrentaríamos con una nueva instancia judicial, que privaría a nuestra Corte del carácter de "suprema" que le asigna la Ley Fundamental, sino también porque se estaría alterando nuestro orden constitucional más allá de lo autorizado por la ley 24.309 cuando declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994. Esa ley en modo alguno autorizó a la Convención Reformadora a efectuar, elípticamente, una modificación del texto constitucional con la alteración del carácter y las funciones judiciales de la Corte Suprema.

En modo alguno podemos aceptar que, en el ámbito jurisdiccional, la Corte Interamericana constituya una instancia judicial superior a la Corte Suprema. No es una cuarta o quinta instancia judicial. Es cierto, como enseñaba Bidart Campos, que el ámbito de la potestad jurisdiccional de la Corte Interamericana se expresa en un orden externo o internacional, y no interno o nacional. Pero si los efectos de sus productos conducen a la necesidad, para darles cumplimiento, de que la Corte Suprema revoque sus propios pronunciamientos, ella deberá abstenerse de hacerlo. Caso contrario, se estará produciendo una intromisión indebida en las funciones específicas y exclusivas que le ordena ejercer la Constitución Nacional.

Advertimos que, sobre el particular, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema no está clara y categóricamente definida.

Registramos tres casos en los cuales se planteó la situación que analizamos: "Cantos", "Espósito" y "Kimel"(23).

#### 101. Control de constitucionalidad

El principio de la supremacía constitucional, que subordina la validez de las normas jurídicas a su adecuación formal y sustancial a las disposiciones contenidas en la ley fundamental, carecería de relevancia práctica si estuviera desprovisto de alguna técnica apropiada para hacerlo efectivo frente a un tratado, una ley, decreto

del poder ejecutivo, sentencia judicial, acto administrativo o actos de los particulares que estén en pugna con la Constitución.

No resulta suficiente con proclamar dogmáticamente la supremacía de la Constitución, sino que además es necesario establecer algún procedimiento que permita su instrumentación y determinar cuál será el órgano que tendrá a su cargo velar por la aplicación de aquel principio, así como también el sistema de control.

El control de constitucionalidad tiene por objeto verificar, en cada caso concreto, si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las directivas resultantes de una norma superior de la cual depende la validez de la primera. La concordancia de un acto administrativo con el decreto sobre el cual se sustenta, o del decreto dictado en virtud de las prescripciones contenidas en una ley, son materias propias del control de constitucionalidad en virtud del orden jerárquico establecido por la Constitución.

Al margen del control de constitucionalidad, y especialmente a partir de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso "Almonacid c. Chile", resuelto el 26/9/2006, se suele hacer referencia al control de convencionalidad. El control de convencionalidad consiste en el deber que tendrían los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad de verificar si las normas internas de un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se adecúan a ese tratado internacional. En su caso, de no ser así, deben abstenerse de aplicar tales normas y suplirlas con las contenidas en ese documento internacional.

El término de control de convencionalidad nos parece innecesario, al menos en el sistema jurídico argentino. En la medida que los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Poder Ejecutivo tienen jerarquía superior a la de las leyes y normas inferiores (art. 75, inc. 22 CN), es obvio que los jueces deben abstenerse de aplicar normas de jerarquía inferior cuando colisionan con las disposiciones de normas de jerarquía superior. Las leyes, por estar subordinadas a las cláusulas de los tratados, están sujetas a un control de constitucionalidad que abarca ese control de convencionalidad.

Pero, conforme a la Corte Interamericana, ese control de convencionalidad debe ser efectuado por los jueces que ceñirán su interpretación a la resultante de los fallos emitidos por ese tribunal. De modo que, frente a un caso concreto, y si no existe esa interpretación, deberá ella ser hecha por el juez local y, de existir, su autonomía jurisdiccional está subordinada a la interpretación de la Corte Interamericana.

Esa doctrina de la Corte Interamericana, completada con la que expuso en el caso "Olmedo Bustos c. Chile", más conocido como "La última tentación de Cristo", determina que el control de convencionalidad se impone sobre el control de constitucionalidad porque las constituciones de los Estados parte no pueden ser invocadas para desconocer las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni la interpretación que de ellas realice la Corte Interamericana. En otras palabras, los Estados parte deben reformar sus

constituciones si ellas no se adecuan a la Convención Americana conforme a la interpretación que de ella practique la Corte Interamericana.

Para quienes consideramos que, en la reforma constitucional de 1994, en modo alguno estaba habilitada la Convención Reformadora para otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, una jerarquía supraconstitucional, la cuestión debe resolverse otorgando preferencia a la Ley Suprema sobre el texto de la Convención y la doctrina interpretativa que emane de la Corte Interamericana. Consideramos inconcebible que las decisiones de un tribunal internacional descalifiquen las normas constitucionales fruto del ejercicio del poder constituyente.

Pero no podemos desconocer que un sector de nuestra doctrina constitucional y varios jueces en la actual composición de nuestra Corte Suprema de Justicia no comparten nuestra opinión. De modo que es posible que el control de convencionalidad sustituya al control de constitucionalidad propiamente dicho. Ello obedece a que la Corte Interamericana sostuvo —quizás por un exceso innecesario— que la sujeción no se limita sólo ante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que se extiende a cualquier tratado internacional similar.

Entendemos que la referencia al control de convencionalidad es una de las tantas expresiones fruto del esnobismo constitucional. Conforme a nuestra tesis, ese control siempre debe practicarse respecto de las normas de jerarquía inferior, así como la validez de las resoluciones ministeriales debe reflejar una adecuación a los decretos del Poder Ejecutivo sobre los que se basan. ¿Acaso haremos referencia a un control "decretal"?, o como usualmente acontece, a un "control de legalidad" como sinónimo de "control de constitucionalidad".

Pero la expresión también resulta innecesaria si adoptamos la tesis opuesta. Si aceptamos que la Constitución le asigna jerarquía supraconstitucional a ciertos tratados, también habrá un control de constitucionalidad como sinónimo de control de la Ley Suprema vigente en un país que, en este caso, y sobre las materias que regula, sería la convención internacional.

## 102. Sistemas de control de constitucionalidad

La sistematización de los procedimientos de control de constitucionalidad permite agruparlos en dos grandes categorías, que son el control político y el control judicial.

El control político consiste en asignar a un órgano de naturaleza política, ya sea ordinario o extraordinario, la función de velar por la supremacía de la Constitución.

En cambio, en el sistema de control judicial esa función le corresponde a un organismo jurisdiccional, común o específico.

Los sistemas judiciales de control se subdividen a su vez en difusos o concentrados, según exista o no pluralidad de órganos encargados de ejercer la

función. Los sistemas judiciales concentrados, por la forma de integrar al órgano que ejerce el control, suelen ser cuasipolíticos o cuasijudiciales.

Asimismo, y teniendo en cuenta la forma en que se plantea la cuestión constitucional, los sistemas judiciales pueden ser incidentales o por vía principal.

Finalmente, considerando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, los sistemas judiciales pueden ser declarativos o constitutivos. En los primeros, tales efectos impiden aplicar la norma al caso concreto, pero no la derogan. En los segundos se opera la derogación de la norma con efectos erga omnes.

El órgano judicial o político al cual se le confiere la potestad de ejercer el control de constitucionalidad asume el rol de guardián de la ley fundamental.

## 103. Control político

En los sistemas políticos de control de constitucionalidad, la función de velar por la supremacía de la constitución es asignada a un órgano ordinario o especial de carácter político.

Si bien el análisis de la concordancia entre una norma inferior y otra superior es una tarea técnica y esencialmente jurídica, los efectos de una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad son de naturaleza política por las consecuencias que deparan para la conformación del orden jurídico. Tal circunstancia avalaría la razonabilidad del control político.

Históricamente, los sistemas políticos de control de constitucionalidad precedieron a los sistemas judiciales. En el curso de los siglos XVII y XVIII, el enfrentamiento político producido en algunos países entre la corona y el parlamento o asamblea culminó con la consagración de la superioridad de este último mediante la absorción de ciertas potestades políticas traducidas en funciones constituyentes, legislativas y de control. Pero la función jurisdiccional, que en algunos casos permaneció en la órbita del poder de prerrogativa de la corona, fue circumscripita a la solución de las controversias entre particulares sin ser extendida a las que se producían entre éstos y el Estado, y menos aun a las que se suscitaban entre los órganos políticos del gobierno.

Sin embargo, la idea de que la vigencia plena de una constitución rígida requería necesariamente de una autoridad dotada del poder de anular los actos que le fueran contrarios, se impuso progresivamente, aunque asignando tal función a un órgano de naturaleza política. Así, la Constitución francesa de 1852 estableció que todas las leyes debían ser sometidas al Senado antes de su promulgación, para que éste examinara su constitucionalidad. Asimismo, correspondía al Senado anular por inconstitucionales todos aquellos actos que le eran sometidos a su consideración por el gobierno o a pedido de los particulares.

El sistema político del control de constitucionalidad respondió históricamente al propósito de afianzar la vigencia de las instituciones públicas de una democracia constitucional, y evitar la restauración de los regímenes monárquicos absolutistas. Esa finalidad primordial se materializaba mediante la implantación de un sistema

de control establecido en interés de los poderes públicos y para evitar la producción de conflictos entre ellos.

La defensa de las libertades del ser humano, esencia fundamental del sistema democrático constitucional, quedaba relegada a un plano secundario en los mecanismos de control. Pero ello no obedecía a una desjerarquización de esas libertades, sino a que se consideraba inadmisibles que la acción de los poderes públicos pudiera resultar lesiva para ellas.

A partir de mediados del siglo XIX, y con mayor amplitud en el curso del siglo XX, casi todos los países se han apartado del sistema político de control de constitucionalidad, adoptando sistemas judiciales, ya sea en forma plena o parcial. Estos últimos se consideran más eficaces para hacer efectivo el principio de supremacía constitucional.

El sistema judicial de control de constitucionalidad, específicamente cuando es ejercido por el órgano judicial, tiene la virtud de jerarquizar al Poder Judicial, que deja de ser un simple órgano "administrador de justicia", para asumir el rol de un auténtico órgano de poder. La institucionalización de la función de control en el órgano judicial ordinario resulta difícil de comprender en el continente europeo. Si bien han admitido que el sistema judicial es preferible al sistema político, los resabios históricos de la desconfianza hacia la concentración de la función judicial en la corona han determinado que, desde la Constitución austríaca de 1920 —cuyo autor fue Hans Kelsen—, la función de control le sea asignada a un organismo cuasi-judicial o cuasi-político.

#### 104. Control judicial

La generalidad de los autores y de las constituciones modernas se inclina decisivamente por un sistema judicial de control de constitucionalidad. Si bien ese control tiene efectos políticos, su contenido constituye una tarea esencialmente jurídica que incumbe al órgano mejor capacitado en esa materia.

El control de constitucionalidad no consiste en analizar las bondades o los defectos de una ley, así como tampoco su utilidad o conveniencia, que son funciones reservadas a los órganos políticos. Consiste, simplemente, en verificar jurídicamente si media o no oposición con los principios contenidos en la Constitución.

Si bien la Constitución de los Estados Unidos no establece expresamente el sistema judicial de control, la doctrina desarrollada por los tribunales de los Estados y la expuesta por el juez Marshall en el caso "Marbury v. Madison"<sup>(24)</sup>, de 1803, reivindicó la atribución de los magistrados judiciales para controlar la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos políticos del gobierno. Es que si la función de los jueces es aplicar la constitución y sus normas reglamentarias, y si sólo merecen llamarse leyes o decretos aquellas normas que en sus ámbitos de competencias se adecuan a la ley fundamental, los jueces tienen el deber de abstenerse de aplicar todas aquellas normas que no son leyes ni decretos por el simple hecho de estar en colisión con la constitución.

Esto no significa que los órganos políticos del gobierno estén subordinados al poder judicial, o que éste se encuentre subordinado a los órganos políticos. Esa subordinación solamente existe con motivo del ejercicio de atribuciones propias y exclusivas de alguno de estos poderes, pero no porque alguno de ellos sea superior en jerarquía. Todos los órganos del poder están en un plano de igualdad, pero también en un plano de subordinación cuando se trata de funciones que la constitución les asigna exclusivamente.

Al ejercer el control, los jueces no desempeñan funciones propias de los órganos legislativo o ejecutivo. Ellos no revisan los contenidos políticos de los actos emanados de esos órganos en cuanto a sus defectos o desaciertos, sino solamente si ellos, en su forma y esencia, se adecuan a la ley fundamental.

Los sistemas judiciales de control de constitucionalidad no son uniformes. La característica común a todos ellos reside en atribuir el ejercicio del control a un organismo de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, presentan variadas e importantes diferencias que pueden ser sistematizadas en cuatro aspectos.

En primer lugar, con relación a la estructura del órgano judicial que ejerce el control de constitucionalidad. Así, en el sistema europeo o concentrado, el control se encomienda a un organismo judicial especial que funciona independientemente de los tribunales ordinarios. Negando ese atributo a los tribunales ordinarios se procura reducir los riesgos de una eventual politización del poder judicial con motivo del control que se ejerce sobre los órganos políticos. En cambio, en el sistema americano o difuso, el control lo ejercen todos los tribunales ordinarios cuando son convocados para desarrollar su función jurisdiccional en las controversias sometidas a sus decisiones.

En segundo lugar, con relación a las partes autorizadas para plantear la cuestión de constitucionalidad ante el tribunal judicial. Las partes legitimadas pueden ser, según la reglamentación de cada sistema, algún órgano oficial, las personas involucradas en un proceso judicial que tienen interés legítimo y directo en la declaración de inconstitucionalidad, cualquier órgano o persona aunque la cuestión debatida no guarde relación con sus derechos subjetivos, o el propio juez actuando de oficio.

En tercer lugar, con respecto al procedimiento que se debe seguir para hacer efectivo el ejercicio del control de constitucionalidad, éste puede ser incidental o directo. El control se ejerce por vía incidental cuando se concreta en el curso de un proceso judicial de carácter común donde su solución, en forma total o parcial, depende de la aplicación de la norma tachada de inconstitucionalidad. El control se ejerce por vía principal o directa cuando se concreta en un proceso especial, en el cual solamente se debate la constitucionalidad de una norma con prescindencia de su aplicabilidad a un caso concreto litigioso.

En la generalidad de los sistemas americanos o difusos, el control de constitucionalidad se ejerce por la vía incidental. En cambio, en los sistemas europeos o concentrados, el control se materializa por una vía principal. Sin perjuicio de ello, en algunos sistemas concentrados, como los que rigen en



Alemania e Italia, el control de constitucionalidad se puede plantear tanto por la vía principal como por la vía incidental.

En cuarto lugar, con respecto a los alcances de las potestades conferidas al órgano judicial cuando practica el control de constitucionalidad, ellas se relacionan con las consecuencias que acarrearán. Se traducen en los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, que pueden consistir en la anulación o derogación de la norma jurídica en cuestión porque tendrá efecto erga omnes, o simplemente en negar su aplicación al caso concreto sometido a la consideración del tribunal, pero sin que ello importe la derogación de la norma, cuya vigencia subsiste.

La generalidad de los autores destaca las bondades que presenta el sistema judicial de control frente a los sistemas políticos. La intervención de un organismo judicial asegura la capacitación técnica en la resolución de cuestiones sustancialmente jurídicas. Además, su independencia formal de los órganos políticos y de los intereses que determinan su actuación permite preservar eficazmente la supremacía de la constitución, al descalificar el ejercicio abusivo del poder en que pueden incurrir aquellos organismos.

Sin embargo esta característica no se presenta con la intensidad requerida en aquellos sistemas judiciales concentrados cuando, para la integración del órgano que ejerce el control de constitucionalidad, prevalecen los componentes políticos sobre los judiciales. En tales casos, el sistema de control de constitucionalidad guarda mayor afinidad con el control político.

#### 105. Control de constitucionalidad en la Argentina

El sistema de control de constitucionalidad organizado por la Ley Fundamental para la aplicación práctica del principio establecido en su art. 31 es el sistema judicial americano.

Enrique Petracchi y Genaro Carrió consideran que el sistema de control de constitucionalidad resultante de la Constitución federal, y que formalmente fue reglamentado en 1862 mediante la sanción de la ley 27, está inspirado en el sistema que adoptó la Constitución de los Estados Unidos de América y que fue expuesto en el caso "Marbury v. Madison".

Compartimos estas opiniones, que aparecen claramente reflejadas en los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, poco después de su organización<sup>(25)</sup>, en los cuales se destacó que los constituyentes no tuvieron en cuenta la legislación española.

El órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad es el Poder Judicial. Todos los jueces, cualquiera sea la jerarquía del tribunal que integren, tienen el deber de velar por la supremacía constitucional y de declarar la inaplicabilidad — como sinónimo de inconstitucionalidad — de todas aquellas normas jurídicas que no estén conformes con los principios contenidos en la Ley Fundamental y con la escala jerárquica de su art. 31.

Al decidir el caso "Municipalidad c. Elortondo"<sup>(26)</sup>, la Corte Suprema dispuso "Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella".

Con anterioridad, en el caso "Calvete", nuestro Alto Tribunal sostuvo que era "el intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte"<sup>(27)</sup>.

Esa doctrina, expuesta desde 1864, fue mantenida invariablemente. Se trata de una facultad y un deber que recaen, no solamente sobre los jueces nacionales o federales de cualquier instancia, sino también sobre los jueces provinciales. En el caso "Egües"<sup>(28)</sup>, la Corte reiteró tal principio al destacar que los jueces provinciales están habilitados para efectuar el control de constitucionalidad sobre cuestiones federales, sin perjuicio de que ellas puedan eventualmente ser sometidas a su conocimiento por vía del recurso extraordinario.

Los restantes órganos del poder, y dentro del marco de sus competencias constitucionales, pueden calificar como carente de validez constitucional una norma jurídica. En cierto modo, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo tienen el deber de velar por la constitucionalidad de los actos que dictan, porque no se concibe su funcionamiento deliberado al margen de la Constitución. Así, el Congreso puede derogar una ley por considerarla inconstitucional y otro tanto puede hacer el Poder Ejecutivo respecto de un decreto.

El sistema judicial de control no es concentrado sino difuso. Cualquier juez puede declarar inconstitucional una norma, sin perjuicio de que, cumplidos los recaudos procesales pertinentes, su decisión resulte confirmada o revocada por un tribunal jerárquicamente superior. En tales casos, la decisión final corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por tratarse de un sistema de control difuso, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en principio no son estrictamente vinculantes para los jueces inferiores. Declarada la inconstitucionalidad de una norma por la Corte Suprema, ella conserva su vigencia y puede ser aplicada por los jueces inferiores a los casos similares o análogos que se les presenten en lo sucesivo.

Sin embargo, por una razón de orden práctico y de economía procesal, en principio su jurisprudencia es vinculante. Los jueces deben acatar la doctrina judicial de la Corte Suprema, pudiendo dejar a salvo su opinión en contrario, a menos que incorporen nuevos argumentos que permitan efectuar un replanteo de la cuestión<sup>(29)</sup>.

El control de constitucionalidad no solamente puede y debe ser ejercido en el curso de un proceso judicial. Cuando corresponde decidir sobre cuestiones

atinentes a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, también cabe concretar el control de constitucionalidad. Así lo ha hecho la Corte Suprema, en numerosas oportunidades, mediante la emisión de acordadas(30) .

Con el propósito fundamental de evitar conflictos de poderes y una eventual politización del Poder Judicial, la legislación reglamentaria y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia han establecido cuatro requisitos que condicionan el ejercicio por los jueces del control de constitucionalidad. Ellos son: 1) Causa judicial; 2) petición de parte; 3) interés legítimo; 4) que no se trate de una cuestión política.

No son condiciones absolutas, ya que las tres primeras admiten importantes excepciones.

#### 106. Causa judicial

El art. 116 de la Constitución Nacional establece que la competencia de los tribunales se concreta en el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Ley Fundamental, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras.

La causa judicial es el proceso judicial en el cual los tribunales ejercen su función jurisdiccional y aplican las normas que integran el ordenamiento jurídico a los casos particulares que son sometidos a su consideración. Los jueces, como regla general, ejercen sus funciones constitucionales en el marco de un caso o controversia judicial, porque el principio de la separación de los poderes impone al órgano judicial la permanencia en un ámbito jurisdiccional.

El concepto de caso o controversia judicial, que habilita el ejercicio de la función jurisdiccional asignada a los jueces, presupone un conflicto real, una contienda de intereses antagónicos cuya solución requiere de un pronunciamiento judicial. Son aquellas causas sustanciadas ante los tribunales judiciales en las cuales se demanda el reconocimiento de un derecho desconocido en el marco de las circunstancias particulares que la conforman.

En una interesante aproximación al tema, Carlos Laplacette expone que la determinación del concepto de causa, o caso, o controversia judicial no es una cuestión menor. Su significado encierra el rol constitucional que debe desempeñar uno de los órganos del gobierno. La causa o controversia "ha venido a cumplir un papel estructural en la dinámica del poder estatal. En primer lugar, este requerimiento sirve de límite a la actividad judicial. Limitando las ocasiones para esta intervención se reduce la fricción entre los poderes por la revisión judicial".

Con frecuencia, el concepto de causa o controversia se confunde con el de la legitimación, o de petición de parte interesada, o el referente a la existencia de un interés legítimo, o con la falta de acreditación de un perjuicio concreto que descalificaría la existencia de un caso judicial(31) . Es cierto que nadie puede impugnar la constitucionalidad de una ley, a menos que acredite que sus derechos son efectivamente amenazados o afectados por ella. Pero la falta de prueba no

significa que no exista una causa judicial donde el rechazo de la acción se basará sobre tal hecho.

Distinta es la situación que se presenta cuando se requiere una opinión o consulta del tribunal. Aquí no habrá una causa propiamente dicha porque al no existir un conflicto ni partes adversas en el resguardo de derechos no habrá una controversia que avale la intervención del Poder Judicial(32) .

En numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia decidió que los tribunales judiciales no pueden resolver cuestiones en abstracto sino casos judiciales; que los jueces no pueden valorar la inconstitucionalidad de una ley sino cuando se trata de su aplicación a los casos contenciosos; que el control encomendado a los jueces sobre las actividades legislativas y ejecutivas requiere de la existencia de un caso o controversia judicial para la preservación de la división de los poderes. Los jueces sólo pueden resolver colisiones efectivas de derechos y no hacer declaraciones generales sobre la validez constitucional de una norma(33) .

Esto no significa que el control de constitucionalidad necesariamente presuponga una causa contenciosa o contradictoria.

Así, las cuestiones atinentes a la administración y potestades disciplinarias del Poder Judicial, sus funciones de superintendencia, o las cuestiones referentes a la independencia del poder judicial, pueden ser resueltas por los tribunales sin mediar una causa judicial cuando una ley, o un decreto, afectan la competencia constitucionalmente asignada al órgano judicial.

En varias oportunidades la Corte Suprema ejerció el control de constitucionalidad sobre actos del Poder Ejecutivo que disponían el nombramiento o traslado de magistrados judiciales(34) , en acordadas que declararon la supremacía de los arts. 108 y 110 de la Constitución frente a los actos de un gobierno de facto, o de actos legislativos que le otorgaban atribuciones extrañas a las previstas en los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental(35) .

#### 107. Petición de parte

La actividad jurisdiccional de los tribunales respecto del ejercicio del control de constitucionalidad de una norma determinada y aplicable para resolver el caso sometido a la consideración de los jueces está condicionada al pedido que formulen las partes intervinientes.

La petición de parte interesada significa que los jueces, en tanto deben resolver solamente las cuestiones que les son planteadas por las partes, no pueden controlar la constitucionalidad de una norma aplicable al caso si no media un pedido expreso en tal sentido de alguno de los protagonistas legitimados, porque de otro modo se estaría vulnerando el equilibrio de poderes que debe presidir las relaciones entre los órganos gubernamentales, así como también la igualdad de las partes.

Sin embargo, por ser la función de los jueces la de aplicar las normas jurídicas que se adecuan a la Constitución y dado que es un deber institucional velar por la supremacía de la Ley Fundamental, no resulta razonable que deban abstenerse de declarar su inconstitucionalidad cuando ella sea manifiesta y lesione derechos que son irrenunciables por comprometer el orden público. Aunque las partes no lo soliciten, si para resolver el caso, en el cual están involucrados aspectos referentes al orden público, el juez tiene que aplicar una norma que considera inconstitucional, entendemos que no podría dejar de ejercer el control de constitucionalidad.

#### 108. Control de oficio

La existencia, en una causa o caso judicial, de petición de parte interesada como requisito para tornar viable el control de constitucionalidad es un principio general pero no absoluto. Procura ceñir la actuación del Poder Judicial al ámbito de la función jurisdiccional que le asigna la Constitución, para evitar su intromisión indebida en áreas gubernamentales que le son extrañas. En otras palabras, el propio Poder Judicial, a través de la interpretación de la Ley Fundamental, impone un límite al control de constitucionalidad para soslayar los riesgos de su politización.

Reiteramos que no es un principio absoluto. Aunque no medie petición de parte interesada, si el juez advierte que el caso concreto sólo puede ser resuelto mediante la aplicación de una ley carente de validez constitucional y lesiva para el orden público, debe abstenerse de acudir a ella y procurar encontrar una solución razonable al margen de semejante norma. Bien dice Pablo Sanabria que "si entendemos que la función de los jueces es la de aplicar las normas jurídicas que se ajustan con las prescripciones de la Constitución que han jurado hacer cumplir y de la que emanan todos sus poderes, no se puede sostener con coherencia intelectual que los mismos están impedidos de declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando es necesario aplicarla al caso —por petición de una parte y sin disconformidad de la contraparte— y ella es manifiestamente inconstitucional". Aquí cede el principio de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y la prueba sobre su invalidez no la aporta la parte sino el propio magistrado judicial.

El control constitucional de oficio es una excepción del principio general y, por ende, es de aplicación e interpretación restrictivas. Solamente es viable si, para resolver el caso, el juez no puede soslayar la aplicación de una norma manifiestamente inconstitucional y aunque ella sea invocada por las partes para sustentar sus derechos.

En varios pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema a partir de 1984, algunos de sus ministros aceptaron que el control de constitucionalidad podía ser efectuado de oficio, sin que con ello se vulnerara el principio de la división de poderes(36) . También que los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, aunque no pueden hacerlo en abstracto, sino con referencia al caso concreto; que, como el control de constitucionalidad recae

sobre cuestiones de derecho y no de hecho, los jueces pueden suplir el derecho no invocado por las partes o invocado erróneamente, porque si se produce una colisión entre dos normas deben acudir a la de mayor rango y desechar la de rango inferior(37).

En el caso "Mill de Pereyra"(38) , la mayoría de los ministros de la Corte Suprema sostuvo que la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma no genera un desequilibrio de poderes a favor del órgano judicial, porque si tal decisión es viable de mediar petición de parte, no se advierte la razón por la cual no pueda ser efectuada de oficio cuando la invalidez de la norma es manifiesta.

Posteriormente, en el caso "Banco Comercial de Finanzas S.A.", la Corte Suprema de Justicia reiteró que "si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente —trasuntado en el adagio *iura novit curia* — incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior"(39) .

Esta excepción al principio que requiere la petición de parte interesada y que permite la declaración de inconstitucionalidad de oficio está condicionada a que la cuestión debatida en el proceso sea de orden público y que los derechos en juego sean irrenunciables. En tal sentido, al decidir el caso "Cabrera"(40) , la Corte resolvió que no podía suplir la negligencia en que había incurrido el accionante al no plantear la inconstitucionalidad de la norma en la instancia procesal oportuna, cuando ella vulnera el derecho de propiedad cuya protección es renunciable.

En algunas constituciones provinciales se admite el control abstracto de constitucionalidad. Así, el art. 113, inc. 2º, del Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires prevé ese tipo de control que no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial para un caso concreto, sino la impugnación de normas generales con efectos *erga omnes* , solución cuestionable si importa facultar al Poder Judicial para derogar una ley o un decreto.

Ello no acontece en el orden nacional. Sin embargo, y bajo ciertas condiciones, esa vía fue adoptada por la doctrina jurisprudencial al acudir a la acción declarativa de certeza prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Éste establece que "Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiese de otro medio legal para ponerle término inmediatamente".

Para el control de constitucionalidad mediante la acción declarativa de certeza se requiere que los agravios invocados no sean hipotéticos, que exista un interés del accionante real y claramente definido, y que exista un caso contencioso(41) .

El control de oficio sobre la constitucionalidad de las normas procede, de manera más amplia y no restrictiva, cuando está autorizado por la ley. El art. 6° de la ley 23.098, que regula la acción de hábeas corpus, autoriza a los jueces para declarar de oficio, y en el caso concreto, la inconstitucionalidad de una ley o decreto que, siendo contraria a la Constitución, permite la emisión de órdenes que limitan la libertad ambulatoria de una persona.

#### 109. Interés legítimo

El control de constitucionalidad está condicionado a que el peticionario acredite su interés legítimo. Es necesario que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona resulte ineludiblemente aplicable para resolver el caso y que esa aplicación lesione en forma directa y real un derecho legítimo del interesado.

Nadie puede impugnar la constitucionalidad de una norma, a menos que sus derechos estén efectivamente afectados o amenazados con su aplicación. Si la parte no prueba que la aplicación de la norma tachada de inconstitucional le ocasiona un perjuicio concreto, o si pretende que esa declaración alcance a una norma que fue previamente invocada en sustento de sus derechos, los tribunales deben desestimar el pedido de inconstitucionalidad por carecer el peticionario de interés legítimo.

Sin embargo, la ley puede formular excepciones a esta regla y otorgar legitimación a quienes no tienen un interés personal y directo, pero sí un interés indirecto por la representación que ejercen. Tal es el caso del defensor del pueblo, las asociaciones constituidas para defender derechos colectivos, el ministerio público y de cualquier persona que promueva la acción de hábeas corpus conforme al art. 5° de la ley 23.098.

Otro tanto sucede con la promoción de la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación, la protección del medio ambiente, la defensa de la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores y los derechos de incidencia colectiva. Conforme al art. 43 de la Constitución, la acción puede ser ejercida no sólo por el afectado, sino también por el defensor del pueblo y las asociaciones conformadas para la protección de alguno de esos derechos.

Pero al margen del defensor del pueblo y de aquellas asociaciones, si la acción es ejercida por particulares éstos deben necesariamente acreditar un interés legítimo directo y personal, traducido en la posible violación de un derecho subjetivo que le otorga la ley.

Retomando el análisis del art. 43 de la Constitución, éste dispone que la acción de hábeas corpus puede ser ejercida por cualquier persona en salvaguarda de la libertad ambulatoria de un tercero. No se requiere la existencia de una relación

familiar o consensuada entre el peticionario y quien estaría padeciendo una restricción arbitraria a sus derechos.

Una situación particular se presenta con los legisladores. Se acepta su legitimación o interés legítimo cuando accionan en defensa de un derecho propio o personal, aunque se traduzca en resguardar una potestad política(42) . Pero ella no se extiende a los casos en que pretenden, por vía judicial, la declaración de inconstitucionalidad de actos del Congreso o del Poder Ejecutivo que no afectan sus derechos subjetivos o institucionales en forma directa.

#### 110. Las cuestiones políticas no son justiciables

Las denominadas "cuestiones políticas" surgen de las normas directivas, designando aquellas funciones atribuidas a los órganos políticos del gobierno que no son susceptibles de revisión y control por parte de los jueces en salvaguarda del principio de la división de los poderes.

En definitiva, las cuestiones políticas no abarcan todas las atribuciones constitucionales conferidas a un órgano político, sino solamente aquellas que revisten carácter discrecional en orden a su contenido, oportunidad y conveniencia.

Las razones que fundamentan el dictado del estado de sitio o la intervención federal, la sanción de una ley, la emisión de un decreto, la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias o de prórroga, la designación o remoción de un ministro del Poder Ejecutivo, la declaración de guerra, la celebración de un tratado, la designación de los jueces, la amnistía, el indulto, la conmutación de penas, son algunas de las cuestiones que no pueden ser objeto de control judicial en cuanto a la oportunidad y conveniencia que determinan tales actos.

El acto político, que presupone una decisión política en la cual se pondera su oportunidad y conveniencia, no es revisable judicialmente. Pero los efectos de ese acto, en la medida en que afectan constitucionalmente los derechos subjetivos, sí pueden ser objeto del control de constitucionalidad. La designación de un juez con acuerdo del Senado no es revisable judicialmente, pero si el Poder Ejecutivo pretende asignarle a ese magistrado un tribunal que ya tiene un titular, este último verá afectado un derecho subjetivo que le permitirá requerir la descalificación judicial del acto en cuanto a sus efectos. De igual manera, no se puede cuestionar judicialmente la potestad del Congreso para sancionar una ley determinada, pero si sus efectos superan los límites del art. 28 de la Constitución y afectan un derecho subjetivo, sí son susceptibles de revisión judicial.

La doctrina de las cuestiones políticas fue formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al decidir, en 1803, el célebre caso "Marbury v. Madison" y comenzó a padecer una transformación profunda a partir de 1962 cuando su Corte Suprema resolvió el caso "Baker v. Carr"(43) .

Entre nosotros, la doctrina de las cuestiones políticas fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Cullen c. Llerena" resuelto el

7/9/1893(44) , con la disidencia del juez Luis V. Varela. La mayoría, al desestimar el reclamo, sostuvo que el demandante requería "una decisión de carácter general, que comprenda todo el régimen de gobierno de Santa Fe; una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes, lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte". Esta doctrina sobre las cuestiones políticas fue aceptada por nuestro Alto Tribunal en numerosos pro nunciamientos.

Sin embargo, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina se advierte una firme línea jurisprudencial que, con un criterio dinámico y acorde a la idea política dominante en la sociedad, tiende a reducir sensiblemente los casos que configuran tales cuestiones políticas.

Entre ellos cabe citar las cuestiones que se suscitan con motivo de la remoción de magistrados judiciales y gobernadores de provincia, la validez de las elecciones provinciales, la reforma constitucional y el ejercicio, por parte de las cámaras del Congreso, de las prerrogativas resultantes del art. 64 de la Ley Fundamental, las sanciones congresuales, la interpretación de los reglamentos internos de las cámaras del Congreso. Eran cuestiones, a igual que muchas otras, consideradas tradicionalmente como políticas y exentas del control judicial. Su revisión por los órganos judiciales ha sido aceptada cuando, en el caso concreto, se vulneran de manera arbitraria derechos constitucionales subjetivos del accionante.

En síntesis, toda cuestión que importe la violación de un derecho subjetivo adquirido no es una cuestión política y merece la intervención judicial para restablecer el equilibrio constitucional.

#### 111. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

Constituye un grave error entender que las sentencias judiciales, particularmente si son dictadas por la Corte Suprema de Justicia, operan la derogación de una norma jurídica cuando se declara su inaplicabilidad al caso concreto por estar en pugna con la Constitución.

La función constitucional de todos los jueces es la de resolver las controversias sometidas a su consideración mediante la aplicación de las normas jurídicas, sin perjuicio de las funciones de superintendencia.

En el marco de la doctrina de la división de los poderes constituidos, los jueces no están investidos con la potestad de sancionar leyes y de emitir decretos, así como tampoco con la de derogar esas normas. La función del juez es la de dirimir las controversias y la de consolidar situaciones jurídicas mediante la aplicación de la ley. Pueden, y a veces deben, abstenerse de aplicar aquellas normas que vulneren los principios constitucionales en el marco de los hechos que conforman la causa judicial, pero no están habilitados para disponer su derogación.

Con referencia a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, Juan Bautista Alberdi escribía que "la Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo

son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar; derogar es legislar. Declarada inconstitucional la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga".

Declarada la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma jurídica por ser opuesta a la Ley Fundamental, aquélla conserva plena vigencia hasta tanto no sea derogada por el órgano constitucionalmente competente. Así como la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte Suprema de Justicia no es, en principio, jurídicamente vinculante para los jueces inferiores, ni tampoco para la propia Corte, que en la misma o diferente composición puede modificar su jurisprudencia, aquélla tampoco lo es para los órganos políticos de los cuales emanó la norma. Sin embargo, por razones prácticas, cuando se consolida una doctrina jurisprudencial, el Congreso o, en su caso, el Poder Ejecutivo, proceden a derogar la norma declarada inconstitucional.

En el caso de los jueces inferiores, por razones institucionales y de seguridad jurídica, ellos tienen el deber de ajustar sus pronunciamientos a la doctrina de la Corte Suprema, a menos que se presenten nuevos fundamentos para apartarse de ella. Pero esto no es óbice para que el juez, si así lo considera, acepte en su sentencia la doctrina del Alto Tribunal para resolver el caso y formule una reserva sobre su disconformidad con ella(45) .

En varias constituciones provinciales se adopta una solución diferente. Cuando la inconstitucionalidad de una norma es declarada por el superior tribunal de provincia, esa declaración tiene efectos derogatorios de aquélla. Se sigue así el procedimiento usualmente aplicable en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad.

Entendemos que esa solución es inconstitucional, porque importa alterar el equilibrio de la doctrina de la división de los poderes constituidos en la forma establecida por la Constitución Nacional, al otorgar una potestad derogatoria de las normas al órgano judicial que, en rigor, corresponde al órgano legislativo o, en su caso, al órgano ejecutivo.

En numerosas oportunidades la Corte Suprema destacó que "la declaración de nulidad, en su caso, de dichas leyes, no responde al fin de derogarlas judicialmente"; "que la declaración de inconstitucionalidad sólo puede traer como consecuencia virtual la inaplicabilidad del precepto, pero no la alteración de sus términos a extremo tal de sustituir y alterar la disposición legislativa"; "si una anterior sentencia de inconstitucionalidad existiera, como lo aduce la actora, ella sólo produciría efecto dentro de la causa y con vinculación a la ley y a las relaciones jurídicas que la motivaron y de ningún modo podría hacerse extensiva a leyes y hechos futuros, ni poseer la eficacia de una prohibición impuesta al legislador"; "el efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad, el cual es de anular el obstáculo que se opone al goce de un derecho y no de ampliar o extender el alcance de la disposición discutida que, al contrario, continuaría siendo válida"; "los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan al juicio en que ella fue admitida"; "la impugnación de inconstitucionalidad no es pertinente cuando el objeto con que se la persigue no es la inaplicabilidad del texto objetado en la causa

sino el establecimiento de un régimen normativo, de incumbencia del legislador"(46) .

En alguna oportunidad, como en el caso "Fayt"(47) , la Corte Suprema declaró la nulidad de una norma. En tales casos, resultaría cuestionable que el pronunciamiento tenga efectos erga omnes , porque la declaración de nulidad no significa la derogación de la norma. Prosigue en vigencia, al menos formalmente, hasta tanto no sea derogada por el órgano que la emitió o por uno de jerarquía superior habilitado a tal efecto, como es una convención reformadora. La subsistencia formal de la norma declarada nula determina que pueda recuperar su validez si, con posterioridad, la Corte Suprema modifica su criterio jurisprudencial, aunque no podrá afectar los derechos adquiridos en casos anteriores al momento de operarse semejante variación. En los vaivenes de nuestra jurisprudencia pendular es posible, a título de ejemplo, que la Corte declare la validez de una ley de amnistía, que posteriormente disponga su inconstitucionalidad e incluso su nulidad, para finalmente volver a disponer su validez constitucional. Y, todo ello es posible porque, precisamente, la sentencia judicial no deroga la ley. Ella prosigue en vigencia hasta que no sea derogada por el legislador.

(1) 5 US 137.

(2) 14 US 304.

(3) Fallos CS 257:101 del 6/11/1963.

(4) Fallos CS 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543.

(5) Fallos CS 316:1669.

(6) Sent. del 24/08/2004 (Fallos CS 327:3312).

(7) Sent. del 23/12/2004 (Fallos CS 327:5668).

(8) Sent. del 10/05/2005 (Fallos CS 328:1268).

(9) Sent. del 14/06/2005 (Fallos CS 328:2056).

(10) Fallos CS 330:3248 del 13/7/2007.

(11) Fallos CS 322:1616.

(12) Fallos CS 319:3148 y 3241; 321:885.

(13) Fallos CS 328:1146.

(14) Fallos CS 318:514 del 7/4/1995.

(15) Fallos CS 315:319.

(16) Fallos CS 321:3555 del 22/12/1998 en el caso "Acosta".

(17) Fallos CS 323:4130 del 21/12/2000.

(18) Fallos CS 322:2488.

(19) Fallos CS 328:3399 del 20/9/2005.

(20) Entre otros, Fallos CS 327:3312 del 24/8/2004 (caso "Arancibia Clavel"); 327:5668 del 23/12/2004 (caso "Espósito"); 328:2056 del 14/6/2005 (caso "Simón"); 330:3248 del 13/7/2007 (caso "Mazzeo").

(21) Fallos CS 315:1492 del 7/7/1992.

(22) Fallos CS 318:514; 319:1840; 315:319; 321:3555; 322:2488; 323:4130; 325:2322; 328:3399 y 4343; 329:3681.

(23) Fallos CS 319:1780; 326:2968; 317:320; 324:4135; 327:5668; 321:3596; 323:2642.

(24) 5 US 137.

(25) Fallos CS 2:36; 19:231; 32:120; 33:162; 68:227.

(26) Fallos CS 33:162.

(27) Fallos CS 1:548.

(28) Fallos CS 321:562; LA LEY, 1998-E, 231; DJ, 1991-1-778.

(29) Fallos CS 212:59.

(30) Fallos CS 306:8; 318:1772; 319:24 y 2078; 323:1287.

(31) Fallos CS 330:2548 y 2639.

(32) Fallos CS 329:1675.

(33) Fallos CS 1:28 y 455; 12:373; 196:131; 213:154; 242:362; 252:330; 256:110; 265:226; 286:80.

(34) Fallos CS 201:239 y 245.

(35) Fallos CS 306:8.

(36) Fallos CS 306:303.

(37) Fallos CS 319:2867; 321:1058.

(38) Fallos CS 324:3219.

(39) Sent. del 19/8/2004, Fallos CS 327:3117.

(40) Fallos CS 327:2905.

(41) Fallos CS 307:1379 y 2384, entre otros.

(42) Casos "Bussi" (Fallos CS 326:4468; 330:3160) y "Patti" (LA LEY 2008-D-611).

(43) 369 US 186.

(44) Fallos CS 53:430.

(45) Fallos CS 9:53; 10:94; 15:336; 17:453; 156:318; 183:409; 190:142; 205:618; 212:58 y 251; 307:1094; 329:759.

(46) Fallos CS 12:149; 157:110; 204:184; 205:618; 211:1033 y 1054; 214:184 y 279; 237:339; 247:325, 340 y 700; 248:702; 253:254; 255:263.

(47) Fallos CS 322:1616.

## CAPÍTULO V

### Estado y gobierno

#### SUMARIO

- 112. Organización política global.
- 113. Población.
- 114. Territorio.
- 115. Poder político.
- 116. Poder institucionalizado.
- 117. Comunidad nacional.
- 118. Centralización y descentralización política.
- 119. Alianza o liga de Estados.
- 120. Unión personal de Estados.
- 121. Confederación.
- 122. Estado.
- 123. Estado federal.
- 124. Estado unitario.
- 125. Regionalismo.
- 126. El regionalismo en la Constitución Nacional.
- 127. Organizaciones supraestatales.
- 128. La integración en la Constitución Nacional.
- 129. Soberanía.
- 130. Autonomía.
- 131. Autarquía.
- 132. Regulación constitucional.
- 133. El federalismo argentino.
- 134. Pactos preexistentes y especiales.
- 135. Relaciones entre el Estado federal y las provincias.
- 136. Facultades del Estado federal y de las provincias.
- 137. Constituciones provinciales.
- 138. La garantía del principio federal.

139. Integridad territorial.
140. Autonomía política.
141. Desarrollo económico y bienestar local.
142. Régimen de los hidrocarburos.
143. Igualdad entre las provincias.
144. Unión nacional y paz interior.
145. El régimen municipal.
146. Régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires.
147. Estructura del gobierno.
148. Estructura del gobierno nacional.
149. Gobierno representativo.
150. Formas semidirectas de democracia.
151. Derecho de iniciativa.
152. Reglamentación del derecho de iniciativa.
153. Consulta popular.
154. Reglamentación de la consulta popular.
155. Las formas semidirectas y la reforma constitucional.
156. Gobierno republicano.
157. Separación y control de las funciones del poder.

## 112. Organización política global

En el lenguaje común, los vocablos "Estado" y "gobierno" suelen ser utilizados, con relativa frecuencia, como sinónimos. Sin embargo, en el ámbito de la Ciencia Política y del Derecho Constitucional, especialmente a partir del siglo XX, designan dos realidades totalmente diferentes aunque estrechamente relacionadas.

El Estado es una especie moderna del género que es la organización política global. Abarca a todos los individuos y grupos sociales que están sujetos, de manera directa y excluyente, al poder político de la organización y en un ámbito territorial determinado. La organización política global es una entidad dotada de un poder político supremo, cuya titularidad le pertenece, y está integrada por la cohesión de individuos, sociedades y comunidades asentadas sobre un espacio territorial.

En cambio, la expresión gobierno alude al conjunto de personas u órganos a los cuales se encomienda el ejercicio del poder político correspondiente a la organización global. El gobierno ejerce ese poder dentro de la organización ya sea legislando, ejecutando las leyes, desarrollando la función jurisdiccional,

administrando bienes comunes o controlando la adecuación de los diversos estamentos gubernamentales a las reglas jurídicas que regulan el ejercicio de dicho poder.

La organización política global y el Estado, como una de sus especies, constituyen la sociedad orgánica en la cual reside la titularidad del poder político supremo. El gobierno es la institución que pone en funcionamiento la organización política global mediante el ejercicio de su poder político.

La organización global es titular del poder político en cuanto a su origen; del poder de la organización. El gobierno, en cambio, es el titular de ese poder en cuanto a su ejercicio concreto.

La diferencia que media entre la organización política global y el gobierno impide que a la primera se le atribuyan las características del segundo y viceversa.

Así, no existe una organización política global que pueda ser calificada como democrática o autocrática, porque tales características son propias del gobierno y están determinadas por la forma en que ese gobierno ejerce el poder.

La existencia de todo tipo o especie de organización política global está sujeta a tres condiciones básicas: población, territorio y poder. A ellas se añaden, cuando se trata de un Estado, dos condiciones específicas: comunidad nacional e institucionalización del poder político.

## 113. Población

La población es el ingrediente humano sobre el cual se ejerce el poder político de la organización global.

Los individuos se encuentran estrechamente vinculados como consecuencia de la presión que sobre sus comportamientos ejercen diversos factores espirituales y materiales, instintivos y racionales. Tales factores y las necesidades que engendran conducen a la agrupación e integración que se verifican, de manera racional o espontánea, en función de diversos intereses y valores.

Los grupos sociales pueden ser clasificados en primarios y secundarios. Los grupos primarios, también llamados "cara a cara", son aquellos donde las relaciones sociales son directas debido al escaso número de sus componentes, a la proximidad física de los individuos y a la intensidad de la comunicación entre ellos. Las relaciones se concretan entre individuos que se conocen personalmente y de manera inmediata. Los grupos secundarios, en los cuales se integran tanto los individuos como los grupos sociales primarios, generan una relación social indirecta desprovista de un conocimiento personalizado entre sus miembros. Son agrupaciones más amplias, de las cuales la mayor es la sociedad global que abarca la totalidad, tanto a los individuos como a los grupos sociales.

Los grupos sociales, tanto primarios como secundarios, también se pueden clasificar en sociedades y comunidades.



La sociedad es un grupo social en el cual los individuos se unen voluntariamente para satisfacer intereses predeterminados y comunes. Tanto la incorporación al grupo como su funcionamiento responden a comportamientos racionales encaminados al logro de una finalidad que configura la razón de ser del grupo social. Cuando se diluye la finalidad, la sociedad se disuelve por ausencia de un objeto.

La comunidad, en cambio, es un grupo social donde los individuos están unidos de manera espontánea y el comportamiento o la interacción social no responden a un interés racional.

La sociedad, como conjunto de individuos unidos voluntariamente para satisfacer intereses comunes, no conforma la naturaleza originaria del ser humano. Es un medio racional para el logro de un fin cuya existencia es anterior a la de la entidad. Es una obra racional fruto de la creatividad humana.

La comunidad es un conjunto de individuos unidos de manera natural y espontánea. Si bien es idónea para satisfacer los intereses de sus miembros, su constitución no responde al propósito deliberado de colmar una necesidad. Se trata de una conformación social auténtica donde la actuación social responde a un sentimiento subjetivo de solidaridad espontánea. Su presencia se vislumbra cuando personas que conforman un grupo viven juntas y participan, no ya de un interés particular, sino de una vida en común y por ese simple hecho.

La comunidad, en función del elemento común aglutinante, puede ser de sangre, de localidad o de espíritu. La familia es la comunidad de sangre por excelencia. La unidad determinada por la convivencia sobre un espacio físico común, como puede ser una villa, un pueblo, una ciudad o una región, es una comunidad de localidad. La unidad forjada por factores extramateriales, tales como el pensamiento, la religión o la amistad, configura la unidad de espíritu.

Entre los grupos sociales calificados como comunidades se destaca la nación. La comunidad nacional es una agrupación estable y permanente de individuos que disponen o aspiran a tener una organización política propia que la distinga de otras comunidades similares. Está compuesta por elementos objetivos y subjetivos.

El elemento objetivo básico es la integración espontánea al grupo, ya sea por nacimiento o afinidad.

Los elementos subjetivos se dividen, a su vez, en sociológicos y psicológicos. Elementos sociológicos son el idioma, la religión, la raza, las costumbres, las tradiciones y un pasado común. Se trata de factores aglutinantes, sin que se requiera la unicidad en cada uno de esos elementos pero sí, al menos, una cualidad predominante en cada uno de ellos.

Los elementos psicológicos están conformados por la voluntad de cada individuo por integrar el grupo social y la conciencia de tener un origen y destino comunes, que determinan una forma o estilo de vida similar que permite distinguir al grupo de otras comunidades.

La organización política global, cualquiera sea su especie, es una sociedad. Es una sociedad global que se extiende sobre todos los grupos sociales, ya sean comunidades o sociedades, sujetos a su poder político.

Para designar al contenido de esa sociedad, se suelen utilizar en forma indistinta los términos "población", "pueblo" y "nación".

Consideramos que es incorrecta la denominación de nación porque ella alude a una comunidad. En cambio, como hemos visto, la sociedad global se extiende no solamente sobre la comunidad nacional, sino también sobre aquellos grupos sociales que, sin estar integrados a esa comunidad, se encuentran sujetos a la relación de mando y obediencia que genera el poder político de la organización global.

Tampoco nos parece adecuada la expresión "pueblo". Se trata de un vocablo que, con un matiz político, comenzó a ser utilizado por Rousseau, aunque su significado científico es ambiguo e incompleto. En efecto, puede designar, de manera indistinta, a un territorio o a la población estable de un territorio o al conjunto de ciudadanos dotados de derechos políticos, o al cuerpo electoral, o usarse como sinónimo de Estado o nación. Sin embargo, si el componente humano de la organización global está formado por todas aquellas personas que están sujetas a su poder político, ninguna de aquellas acepciones resulta satisfactoria, porque ese factor humano es más amplio que la población estable, que el conjunto de ciudadanos, que el cuerpo electoral y que la comunidad nacional.

Consideramos que reviste mayor precisión y claridad científicas el vocablo "población", aunque resulte insuficiente para abarcar la totalidad del elemento humano sujeto al poder político de una organización global.

#### 114. Territorio

El territorio es el espacio geográfico sobre el cual se ejerce el poder político de la organización global y que sirve de asiento a su población.

El territorio está integrado por el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, los espacios de agua adyacentes a la superficie del suelo, así como los buques y aeronaves que se encuentran sobre espacios libres.

El subsuelo es el espacio físico que está bajo el suelo y que se extiende hasta el centro de la tierra.

El espacio aéreo es el ámbito físico que se encuentra sobre el suelo y las aguas adyacentes. Sus límites son difusos y están regulados por el derecho internacional.

Los espacios de agua adyacentes a la superficie del suelo comprenden los ríos y lagos fronterizos, y el mar territorial. La extensión del poder político de la organización global sobre estos espacios de agua también está regido por el derecho internacional.

La ley 23.968 distingue tres espacios marítimos. En el primero —mar territorial—, que se extiende hasta una distancia de doce millas marinas, el Estado ejerce en

toda plenitud su poder político, incluidos el espacio aéreo, el lecho y subsuelo. En el segundo —zona contigua—, que se proyecta hasta las veinticuatro millas marinas, el Estado puede prevenir y sancionar las infracciones a sus normas jurídicas en materia fiscal, sanitaria, aduanera y de inmigración que se cometan en su territorio y mar territorial. La tercera —zona económica—, que se extiende hasta las doscientas millas marinas, es un sector de actividad el cual el Estado ejerce su poder para la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales.

En cuanto el dominio y jurisdicción sobre tales espacios marítimos, en orden a si corresponde a la Nación o a las provincias, cabe formular ciertas aclaraciones.

El art. 2340, inc. 1º, del Código Civil determina que los mares territoriales, hasta la distancia que establezca el Congreso, son bienes del dominio público. La ley 17.094 dispuso que la soberanía nacional se extiende sobre el mar adyacente a su territorio y hasta las 200 millas marinas, con inclusión del lecho del mar y de su subsuelo hasta la profundidad que permita la explotación de los recursos naturales existentes en esa zona.

Posteriormente, la ley 18.502 aclaró que las provincias ejercen la jurisdicción sobre el mar territorial adyacente a sus costas hasta una distancia de tres millas, y que la jurisdicción del Estado nacional era exclusiva entre el límite de aquellas tres millas y hasta doscientas millas.

En 1984 la Argentina suscribió la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que fijó el alcance del mar territorial en doce millas marinas. Esa Convención fue aprobada por la ley 24.543 que, conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución tiene jerarquía superior a las leyes. Sobre tal base, Juan Carlos Cassagne considera que la ley 18.502 quedó derogada y que, por añadidura, el dominio de las provincias sobre el mar territorial se extiende a doce millas marinas. En cambio, tanto en la zona contigua —24 millas—, como en la zona económica —200 millas— no hay dominio originario de las provincias, sino del Estado nacional.

El razonamiento es coherente con la cláusula del art. 124 de la Constitución, que asigna a las provincias el dominio originario sobre los recursos naturales existentes en sus territorios.

Tal criterio no fue compartido por la Corte Suprema de Justicia<sup>(1)</sup>, que consideró que el límite territorial fijado por el Congreso, conforme al art. 2340, inc. 1º, del Código Civil, para las provincias se extiende solamente a las tres millas. Ello es así porque los compromisos asumidos por el Estado federal en la Convención sobre el Derecho del Mar en modo alguno importan un reconocimiento de derechos para las provincias que lo integran.

Si bien el fundamento es opinable, no acontece lo propio con el que se basa en las leyes 24.145 y 24.922. La primera dispuso la transferencia a las provincias del dominio público de los yacimientos de hidrocarburos de la Nación en territorios provinciales e inclusive los situados en el mar adyacente hasta una distancia de 12

millas. La segunda estableció que son del dominio originario de las provincias los recursos vivos existentes en el mar territorial adyacente hasta las 12 millas y que, superada esa distancia, el dominio y la jurisdicción son exclusivos de la Nación. La Corte sostuvo que tales normas no importaban extender el dominio originario de las provincias más allá de las tres millas marinas, sino solamente respecto de las materias reguladas en tales leyes: hidrocarburos y pesca, y que no era viable efectuar una aplicación general y extensiva de ellas.

Los buques y aeronaves, a los cuales se les atribuye la bandera o nacionalidad de una organización global, continúan estando sujetos al poder político de ésta cuando se encuentran en espacios libres que no integran el territorio de ningún Estado. Situación similar, por imposición del derecho internacional, se presenta con las sedes de las embajadas extranjeras y con los buques y aeronaves de guerra que, en principio, no están sujetos al poder político de la organización global en cuyo territorio se encuentran, sino al de la organización global de origen. Se trata de una aplicación del principio de extraterritorialidad aceptada por el derecho internacional.

El ámbito territorial del Estado argentino se determina conforme al art. 75, inc. 15, de la Constitución. Establece que es facultad del Congreso arreglar los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias y crear otras nuevas. Cuando la creación de una provincia importa asignar todo o parte del territorio correspondiente a otra u otras provincias, es indispensable el consentimiento previo de la legislatura provincial (art. 13 CN). Asimismo, el establecimiento de la capital de la República sobre territorio perteneciente a una o varias provincias que acarrea su cesión también requiere del consentimiento legislativo provincial (art. 3º CN).

En cambio, los conflictos de límites que se puedan suscitar entre las provincias no son materia legislativa. A falta de acuerdo para resolverlos, ya sea en forma directa o mediante arbitraje, corresponde plantear la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ser temas de su competencia originaria y exclusiva (art. 127 CN).

#### 115. Poder político

El poder político es una energía que se traduce en la relación de mando y obediencia, global y suprema, que tiende a establecer un orden socio-jurídico y una organización institucional sobre la base de la idea política dominante en la sociedad.

El poder político es una especie del género que es el poder social. Pero es mucho más amplio, intenso e importante que cualquiera de esos poderes sociales o del conjunto de ellos. Cada sociedad o comunidad es titular de un poder cuya denominación y alcances dependen de las características que correspondan a las relaciones sociales que se concretan en su seno. Esta conclusión se extiende a toda organización o sociedad política global que, como tal, abarca a todas las restantes sociedades y comunidades integradas con su población y sobre su territorio. El poder de esa organización global recibe el nombre de poder político.

Si bien el titular de ese poder político es la organización global, la relación de mando y obediencia se manifiesta entre quienes representan a la organización mediante el ejercicio de su poder y quienes son sus destinatarios; entre los gobernantes y los gobernados.

El poder político presenta una serie de características que lo distinguen de los restantes poderes sociales. En estos últimos pueden manifestarse algunas de tales características o todas ellas pero, en ambos casos, sin la intensidad con que se expresan en el poder político. Este poder es siempre total, inevitable, dominante, coactivo, personal o institucionalizado y soberano.

#### 116. Poder institucionalizado

El Estado es una especie histórica de la organización política global, cuya presencia en el escenario político se manifiesta a partir del siglo XV. Satisface todas las condiciones propias de una organización política global: población, territorio y poder. Pero a ellas se añaden dos condiciones específicas, que son la institucionalización del poder y la comunidad nacional.

La institucionalización del poder fue forjada por una idea política dominante. Conforme a ella, la titularidad del poder político no reside en una persona o en un grupo social, sino en una institución social a la cual se le atribuyen las consecuencias del ejercicio del poder por los gobernantes.

#### 117. Comunidad nacional

La nación es una comunidad política. Es una agrupación espontánea de individuos, estable y permanente, forjada por diversos factores materiales y espirituales que le otorgan una conciencia común, y a sus miembros un sentimiento de pertenencia.

Ninguno de los factores materiales y espirituales que convergen para el surgimiento de una nación resulta decisivo o independiente. Existen comunidades nacionales con pluralidad de idiomas, razas, religiones, costumbres y tradiciones. Tampoco resulta indispensable el asentamiento de la comunidad sobre un territorio determinado. Pueden existir comunidades nacionales asentadas sobre territorios sujetos al poder de diversas organizaciones políticas.

El rasgo quizás más distintivo es la presencia de una conciencia nacional, de una conciencia común de pertenencia a un grupo social basada sobre hechos aglutinantes del pasado, la unidad del presente y un destino uniforme, pero siempre con connotaciones políticas, y asimismo con una finalidad política espontánea de progreso, permanencia y distinción en el conjunto de las comunidades nacionales.

Esa comunidad política no equivale a la población del Estado. En rigor, la población supera el marco de la comunidad nacional, aunque esta última es la que define y caracteriza a una especie de organización política global que es el Estado.

Un Estado no puede manifestarse si está desprovisto de una comunidad nacional. Podrá recibir otro tipo de denominación, pero no la de un Estado propiamente definido.

#### 118. Centralización y descentralización política

En toda sociedad u organización política global coexisten dos fuerzas opuestas cuya intensidad es esencialmente variable. Una centrípeta que apunta hacia la centralización o concentración del poder, y otra centrífuga dirigida hacia la descentralización o desconcentración del poder.

La fuerza centrípeta impulsa a los individuos y grupos sociales a estructurar organizaciones globales cerradas y compactas, mientras que el predominio de la fuerza centrífuga acarrea estructuras más flexibles en orden a la distribución del ejercicio del poder.

La descentralización política está siempre acompañada por un grado importante de descentralización administrativa. Tal fenómeno no siempre se presenta en la centralización política con la concentración administrativa.

Ambas tendencias no solamente se manifiestan en la organización gubernamental sino que suelen ser factores importantes para la tipificación de los sistemas políticos. En las estructuras y gobiernos descentralizados, los controles políticos reducen las posibilidades para la instauración de regímenes autoritarios. No acontece lo propio con las estructuras y gobiernos centralizados, debido a la reducción de los controles verticales del poder, aunque esto no significa que, necesariamente, se instauren en ellos regímenes de tipo autoritario.

Las organizaciones globales más corrientes son la alianza o liga de Estados, la unión de Estados, la confederación, el Estado federal, el Estado unitario y las entidades supraestatales.

#### 119. Alianza o liga de Estados

La alianza o liga de Estados no es un Estado, sino un conjunto de Estados unidos por un pacto o tratado con el objeto de concretar fines comunes. Históricamente, tales fines han consistido generalmente en la formación de alianzas bélicas, de tipo ofensivo o defensivo, o en agrupaciones destinadas a preservar la paz entre sus miembros.

Las agrupaciones pueden, o no, tener carácter orgánico, pero son esencialmente transitorias y no permanentes. Cuando adquieren carácter permanente se transforman en un Estado, en entidades supraestatales o en modalidades de estas últimas.

Cada Estado integrante de la alianza conserva su poder soberano. Los límites que se acuerdan en el tratado sólo se refieren a la coordinación del ejercicio de su poder por cada Estado con motivo de las circunstancias que determinan la alianza. No se prevén sanciones para el Estado miembro que se abstenga de cumplir los

compromisos contraídos que se rigen, exclusivamente, por los principios de la lealtad y buena fe.

En determinados casos, a partir del siglo XX, se han constituido alianzas de Estados de carácter orgánico y permanente. Se trata de los casos de la Sociedad de las Naciones, la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos. Son agrupaciones de Estados en las cuales sus miembros conservan su poder soberano sin perjuicio de comprometerse a aceptar determinadas recomendaciones o conclusiones que formulen las entidades que integran. De todas maneras, ellas carecen de imperium para exigir el acatamiento de sus resoluciones, sin perjuicio de que sus integrantes acuerden la aplicación de sanciones económicas o militares a los transgresores.

#### 120. Unión personal de Estados

La unión de Estados de carácter personal es una categoría histórica que difícilmente pueda presentarse en el marco complejo de las relaciones internacionales modernas.

Consiste en la agrupación de dos o más Estados cuyos gobiernos están integrados por las mismas personas físicas. Cada Estado conserva su poder soberano y su gobierno independiente, sin que existan órganos gubernamentales comunes. La unidad está dada, no por la presencia de instituciones comunes, sino por las personas físicas que integran ambos gobiernos y cuyas decisiones serán aplicables solamente al Estado para el cual están dirigidas.

Tal fue el caso de la unión concertada, desde 1520 a 1556, entre el Sacro Imperio Romano y España. Ambas organizaciones estuvieron bajo el gobierno de una sola persona física. Para el Sacro Imperio se trataba del emperador Carlos V, y para España del rey Carlos I.

#### 121. Confederación

La confederación es una unión real de Estados que conservan parcialmente su poder soberano y sus gobiernos independientes, en una organización estable y consensuada para desarrollar, en forma total o concreta, políticas externas e internas comunes.

El fundamento jurídico de una confederación es un tratado en el cual se establecen los objetivos de la organización, los órganos de gobierno comunes y las limitaciones impuestas a los poderes soberanos de los Estados miembros.

La denominación que se les otorga a los tratados no tiene relevancia para caracterizar a una confederación. Lo fundamental es su contenido.

La confederación se constituye con carácter permanente. Su existencia no queda supeditada a una contingencia temporal ni a un plazo determinado, con la salvedad del derecho de secesión que conservan los Estados miembros.

En la confederación, los Estados miembros retienen su poder soberano aunque acuerden importantes limitaciones a éste. Hay una delegación parcial de ciertos

aspectos del poder soberano en un gobierno común, al tiempo que los restantes quedan reservados a los gobiernos locales. En cambio, en un Estado federal no hay delegación sino transferencia total y definitiva del poder soberano de los Estados que acuerdan su creación y que conservan tan sólo un poder autónomo originario.

En la confederación, y como consecuencia de la delegación parcial del poder soberano, aquélla tiene imperium, aunque solamente respecto de los Estados miembros y no de los individuos o grupos sociales que conforman la población de estos últimos. Sobre ellos el imperium lo tienen los Estados locales que deben ejecutar las decisiones del gobierno común.

Cada Estado de la confederación conserva los derechos de nulificación y secesión. Se tratan de cualidades del poder soberano que no existen en un Estado federal.

La nulificación es el derecho que tiene un Estado confederado para oponerse a la aplicación de normas emanadas del gobierno común, cuando ellas vulneran principios fundamentales de su organización jurídica local.

La secesión es el derecho que tiene cada uno de los Estados confederados para apartarse de la organización global, ya sea en cualquier momento o si se cumple alguna de las condiciones a la cual fue supeditado su ejercicio, y que fueron previstas en el acto fundacional de la confederación. Se trata de una consecuencia de la conservación del poder soberano que no cabe en un Estado federal.

La posibilidad de ejercer este derecho debe ser real y no meramente nominal. Así, las constituciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas reconocían a las repúblicas federadas el derecho de secesión aunque, en la práctica, resultaba imposible su ejercicio por el carácter autocrático del régimen. Tal circunstancia, entre otras, impedía calificar a esa organización como si se tratara de una confederación e, inclusive, como un Estado federal.

Generalmente, la confederación ha sido una forma histórica de organización global que precedió a la constitución de un Estado federal. Tal fue lo que aconteció en los Estados Unidos entre 1776 y 1787. Asimismo, la Confederación de la Alemania del Norte fue la base sobre la cual se formó el moderno Estado alemán.

El modelo de la confederación fue utilizado, en vísperas del siglo XXI, para la constitución de las organizaciones supraestatales, aunque sin llegar a conformar una auténtica confederación.

#### 122. Estado

El Estado es una especie histórica de la organización política global en la cual la centralización del poder reviste mayor intensidad que en las especies que hemos analizado.

Los Estados modernos comenzaron a surgir a partir del siglo XV con la institucionalización del poder político y la consolidación de las comunidades nacionales en el ámbito de las relaciones políticas. El primer analista científico político que utilizó ese vocablo para designar a las organizaciones globales fue

Maquiavelo. A partir de entonces su uso se acentuó llegando a ser, modernamente, sinónimo de organización política global a pesar de las dificultades que se presentan para precisar su definición.

La palabra Estado puede definir tres realidades distintas. En sentido amplio, designa a una sociedad global políticamente organizada cuyo fundamento humano es la comunidad nacional. Con un sentido más estricto, define a los poderes públicos de la sociedad global, sus gobernantes y relaciones con los gobernados. Y en una tercera acepción, más restrictiva, designa a la entidad dotada de poder soberano en oposición a las que pueden tener poder autónomo o autárquico como los municipios y las provincias.

De esas acepciones la más aceptable científicamente es la primera. Se trata de una sociedad global políticamente organizada que, como tal, reúne las tres condiciones propias de toda organización global: población, territorio y poder. Pero, además de ellas, la base de su elemento humano es la comunidad nacional y el poder político, en función de la idea dominante, está institucionalizado y no personalizado.

En consideración del grado de centralización o descentralización del poder político, los Estados se clasifican en federales y unitarios.

#### 123. Estado federal

El Estado federal es una especie descentralizada de la organización política global, en la cual coexisten varios centros de poder autónomo —Estado local, provincia, lander, cantón— y un foco aglutinante de poder soberano.

A diferencia de lo que acontece con la confederación, el poder soberano no es compartido en cuanto a su titularidad.

En cuanto a las atribuciones que constitucionalmente se reservan los Estados locales, no son expresiones de un poder soberano sino de un poder autónomo que está subordinado a la potestad política suprema atribuida a la entidad global.

La unión concertada que genera una federación es permanente y definitiva. De manera que las entidades que forman la federación no pueden ejercer los derechos de nulificación y secesión propios de una estructura confederada y que es consecuencia de la expresión de un poder soberano.

La organización del Estado federal, que se establece en la Constitución en cuanto a la vinculación existente entre la estructura central y las locales atinentes al ejercicio del poder, se concreta mediante una distribución de competencias entre el Estado federal y los centros de poder autónomo.

La distribución de competencias se traduce en una serie de relaciones de subordinación, participación y coordinación. Las relaciones de subordinación se extienden a las áreas propias del Estado federal y determinan la supremacía de éste sobre las provincias. Las relaciones de participación se traducen en la potestad reconocida a los centros de poder autónomo para intervenir en la adopción de ciertas decisiones que se imputan al Estado federal y que son

adoptadas por el gobierno nacional. Las relaciones de coordinación son las que armonizan la manifestación simultánea y complementaria de un poder soberano y una pluralidad de poderes autónomos con el fin de evitar superposiciones y conflictos.

Con referencia a la función constituyente, si la titularidad del poder político soberano reside en el Estado federal, el poder constituyente primario sólo puede manifestarse en su seno y no en las entidades autónomas. Éstas carecen de un poder constituyente propiamente dicho, de carácter primario, y solamente conservan en la materia una potestad de segundo grado que está subordinada a los imperativos constitucionales de la relación de mando y obediencia generados por el Estado federal. Se les reconoce un poder constituyente derivado de la Constitución Nacional.

Así lo establece el art. 5º de la Constitución Nacional que, además de imponer a las provincias la obligación de sancionar una Constitución local, dispone que ella debe respetar el sistema representativo republicano de acuerdo con las reglas contenidas en la Constitución Nacional, y prever su administración de justicia, su régimen municipal y asegurar la educación primaria. El cumplimiento de tales obligaciones es condición para que el Gobierno federal garantice a las provincias el funcionamiento de sus instituciones locales.

#### 124. Estado unitario

El Estado unitario es la especie de la organización política global que presenta mayor grado de centralización, tanto política como administrativa.

En principio, todas las atribuciones gubernamentales, ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales, están concentradas en un gobierno central y único, sin perjuicio de su eventual delegación parcial en ciertas autoridades administrativas locales, sujetas, en orden a su funcionamiento, al control permanente del gobierno central.

Tanto el poder soberano, como la potestad autónoma se consolidan, en su totalidad, en el gobierno central, sin que existan subdivisiones políticas originarias o preexistentes como acontece en el Estado federal. Toda autoridad y todo poder están concentrados en un centro único y de manera originaria.

La existencia de un centro único de poder soberano y autónomo determina que las normas jurídicas emanadas del gobierno puedan recaer sobre cualquier materia y que su aplicación se extienda a todo el territorio del Estado.

El Estado unitario puede presentar cierto grado de descentralización para dotar de mayor eficacia a la actividad gubernamental, o por razones de conveniencia cultural, económica o histórica. Esa descentralización puede ser meramente administrativa o también política.

La descentralización administrativa importa la delegación de ciertas potestades ejecutivas en los órganos locales y la de hacer cumplir las decisiones del gobierno central. La descentralización política, que abarca la anterior, presupone la

existencia de órganos con poder autónomo de segundo grado que es conferido por el gobierno central. Pero ese poder autónomo no es originario como el reconocido a las provincias en un Estado federal.

La descentralización política en el Estado unitario acarrea la constitución de regiones dotadas de una autonomía derivada, como las previstas por las constituciones de Italia de 1947 y la española de 1978. En ambos casos, se autoriza el establecimiento de regiones y gobiernos regionales en el marco de un sistema que configura una etapa intermedia entre el Estado federal y el Estado unitario centralizado.

#### 125. Regionalismo

Las regiones son divisiones territoriales de un Estado unitario dotadas de autonomía derivada. Son creadas por decisión del gobierno central, el cual dicta o aprueba el estatuto aplicable en una región que está subordinado tanto a la Constitución del Estado como a las leyes que sancione el gobierno central.

A diferencia de las provincias de un Estado federal, las regiones no tienen un poder constituyente de segundo grado ni autonomía originaria. Solamente disfrutan de una autonomía derivada que les permite sancionar normas jurídicas cuya validez, en cualquier materia, está supeditada a las leyes del gobierno central.

Si bien el fenómeno del regionalismo se presenta usualmente en los Estados unitarios, no hay reparos para que su manifestación también se produzca en un Estado federal. En tal caso, consistirá en una descentralización o concentración provincial donde la relación de subordinación se verificará entre la provincia o las provincias y la región.

#### 126. El regionalismo en la Constitución Nacional

El art. 124 de la Constitución faculta a las provincias para concertar entre ellas acuerdos destinados a la creación de regiones con propósitos de desarrollo económico y social, así como también para establecer órganos comunes de gobierno administrativo en dichas regiones. El único objetivo que tendrán esos órganos y las facultades que se les confieran será el de posibilitar el cumplimiento de los fines que condujeron a las provincias a crear la región.

Se trata de una de las consecuencias específicas que derivan del art. 125 de la Constitución. Este último faculta a las provincias para celebrar entre ellas tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos o de emprendimientos de utilidad común.

Es importante destacar que la finalidad constitutiva de una región no puede responder a objetivos políticos. Los órganos creados por los tratados interprovinciales carecen de capacidad decisoria política y sólo cumplen una función de simple gerenciamiento en aquellas materias económicas y sociales previstas en esos convenios. El art. 124 de la Constitución no incluye esa finalidad política porque ello importaría colisionar con su art. 13 que, en materia política,

permite la conformación de nuevas provincias con la conformidad de las legislaturas provinciales y del Congreso nacional.

En cambio, para la conformación de regiones, el art. 124 de la Ley Fundamental solamente exige que el tratado sea puesto en conocimiento del Congreso nacional y no sujetarse a su aprobación. Un convenio regional por el cual se establecieran órganos gubernamentales comunes con potestades políticas carecería de validez constitucional.

El ámbito de las regiones es determinado por las provincias y puede ser extendido solamente sobre el territorio de las partes contratantes. Puede englobar todo el territorio provincial, una parte de él, o abarcar uno o varios municipios. Sin embargo, si la creación de una región implica el cercenamiento de las atribuciones que las Constituciones provinciales asignan a los municipios, se requerirá la previa modificación de sus textos.

El art. 124 establece que la concertación de regiones, por vía de tratados interprovinciales, requiere el conocimiento del Congreso nacional. Entendemos que el requisito constitucional se cumple al hacer conocer al Congreso la concertación provincial y antes de su ejecución. Pero, al igual que en el caso del art. 125, entendemos que la validez de esa concertación no está subordinada a una ley aprobatoria del Congreso.

La amplitud de las potestades provinciales en el régimen federal y la cláusula contenida en el art. 121 determinan que el ejercicio de los poderes propios de las provincias, que no han sido transferidos al Estado federal, está exento de soportar toda injerencia del Gobierno nacional, siempre que no se aparten del cumplimiento de los requisitos que condicionan a la garantía federal (art. 5º CN).

La comunicación al Congreso, exigida por el art. 124, es un mecanismo de control. Por una parte para que el Gobierno nacional pueda planificar o determinar las políticas complementarias previstas en el art. 75, inc. 19, de la Constitución para equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones, pero sin que ellas puedan alterar los propósitos perseguidos mediante la creación de las regiones.

Por otra parte, responde al propósito de evitar que las provincias, mediante la creación de regiones o la celebración de tratados parciales, puedan desnaturalizar el régimen federal en el ejercicio de sus poderes autónomos al incursionar en áreas que la Constitución ha reservado al Gobierno federal, o alterar la esencia de la federación o del régimen municipal.

De modo que una vez efectuada la comunicación, el Congreso podrá oponerse a la instrumentación o ejecución del acuerdo interprovincial si éste importa un exceso en el ejercicio del poder autónomo de las provincias. Esa oposición generará un conflicto que, en última instancia y ante la ausencia de un consenso político, deberá ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dirimirá la cuestión en ejercicio de su potestad jurisdiccional originaria y exclusiva (art. 117 CN).

## 127. Organizaciones supraestatales

El factor históricamente determinante para la aproximación, integración y eventual unión en entidades supraestatales de las naciones ha sido la actividad comercial. La progresiva expansión del comercio internacional y el desarrollo de novedosas tecnologías en la economía y comunicación social generan una creciente interdependencia entre los Estados. La aproximación de los Estados, forjada por razones económicas, puede desembocar en uniones sólidas de carácter político cuando comienza a concretarse la fusión de las comunidades nacionales que, sin perder su fisonomía propia, encuentran nuevos factores de unión que superan a los de carácter económico.

Las organizaciones supraestatales son una especie de las organizaciones internacionales, en las cuales cada uno de los Estados que las constituyan delega o limita el ejercicio de su poder soberano aceptando que, sobre determinadas materias, sea ejercido por la entidad supraestatal a través de sus organismos de gobierno.

Son numerosas las vías para la integración de los Estados, así como también sus modalidades y características. De su extensión dependerá la subsistencia de un Estado con poder soberano, o su sustitución por novedosas formas de organización política global y soberana.

La integración puede limitarse a ciertos aspectos económicos de los Estados, orientada al propósito de fortalecer y profundizar sus relaciones comerciales con el objeto de mejorar la calidad de vida material de sus habitantes. Puede tratarse de una primera etapa extensible, posteriormente, al ámbito cultural ya que el intercambio comercial ha sido y es la herramienta más eficaz para incrementar el entendimiento entre las naciones. Asimismo, la integración económica puede desembocar en la gestación de zonas de libre comercio o de áreas multinacionales sujetas a una estricta regulación normativa concertada por los Estados parte.

Mediante tratados internacionales resulta viable la creación de organismos técnicos supraestatales destinados a ejecutar los detalles de la política económica acordada por los Estados, sin que ello implique una delegación o transferencia de sus atributos políticos. En tales casos, la política económica común es adoptada por la totalidad de los Estados en ejercicio de sus poderes soberanos, pero las decisiones de índole técnica, si bien pueden resultar de un acuerdo entre la mayoría de los Estados o de resoluciones del organismo supraestatal, carecen de imperium para ser ejecutadas internamente sin el consentimiento específico del Estado miembro.

La integración supraestatal puede responder a objetivos mucho más ambiciosos, no solamente de carácter económico, sino también mediante la incorporación de los Estados con la totalidad de sus cualidades culturales, militares y jurídicas, creando sistemas políticos multinacionales revestidos de un poder total o parcialmente soberano. En estos casos, se establecen mecanismos institucionales, donde los órganos de gobierno representativos de los intereses de los Estados

miembros coexisten con órganos supraestatales cuya misión es representar e interpretar los intereses comunes que motivaron la integración.

La fórmula para solucionar las colisiones producidas entre los actos de los órganos nacionales y supraestatales permitirá verificar el grado que presenta el poder soberano de los Estados y su capacidad de independencia externa. Permitirá advertir si los Estados miembros de una organización internacional o algunos de ellos han transferido una porción de su poder soberano y renunciado a su independencia para determinar el contenido de su derecho interno respecto de ciertas materias. De ser así, la transferencia se formaliza mediante un tratado o convención internacional que será la ley fundamental del ente supraestatal, al cual quedarán subordinadas, total o parcialmente, las constituciones locales de los Estados miembros. Habrá entonces una organización política global descentralizada, similar a una confederación o una federación.

La integración de los Estados con poder soberano en entidades supraestatales, a las cuales se transferirá aquel atributo, constituye una meta anhelada por nuestra doctrina constitucional. Es, probablemente, el fenómeno que se concretará en el siglo XXI si se basa sobre elementos culturales y políticos reales y consentidos por los pueblos, y no por obra de los intelectuales de gabinete que, de manera autoritaria, pretenden imponer sus elucubraciones.

Profundizar y afianzar las relaciones internacionales es una meta loable y necesaria cuyo logro, a esta altura del desarrollo histórico de la civilización, no impone una claudicación del poder soberano de los Estados. Quizás, en un futuro no lejano, con los parámetros que se mide la historia de la humanidad, ello será posible y necesario.

Pero en el estado actual de las relaciones internacionales, y teniendo en cuenta la disparidad de los matices culturales, económicos, sociales y de tradiciones existentes en las naciones, no resulta una solución conveniente si es que se aspira a desembocar en un sistema sólido, estable y dotado del consenso popular indispensable, que sólo puede aportar la idea política dominante en la sociedad.

Para Karl Deutsch, el Estado nacional se encuentra en conflicto potencial con todas las filosofías o religiones que enseñan normas universales acerca de la verdad, de lo bueno y lo malo, sin consideración de naciones o razas, cuando ellas pretenden extenderse sobre el ámbito de las relaciones políticas. Sin embargo, tras admitir que el Estado nacional realiza más servicios que los que ha llevado a cabo cualquier otro tipo de organización política global en la historia del mundo, recomienda que el realismo de un proceso de integración esté supeditado al principio de la autodeterminación de los pueblos, porque el incremento paulatino de sus capacidades cognoscitivas para la convivencia internacional es el requisito ineludible que condiciona la concreción de una integración eficaz, realista y consentida.

En tal sentido, Horacio Sanguinetti aclaraba que la eventual integración o unificación debe estar precedida por un acercamiento cuya producción tiene que ser espontánea o natural, pues esa vía permitirá superar "las reticencias y las

resistencias de quienes dudaban acerca de las ventajas de unirse". Caso contrario, se operará "una fusión demasiado abrupta, que puede traer problemas" .

Con su habitual agudeza y sensatez, Carlos Ortiz de Rozas nos recuerda cómo, hasta no hace muchas décadas atrás, el principio de la no intervención fue acogido sin reparos. La Corte Internacional de Justicia destacó que "El principio de no intervención implica el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia extranjera", y en varias oportunidades, la Asamblea General de las Naciones Unidas puso de relieve que "todo Estado tiene el deber de abstenerse de intervenir en asuntos internos o externos de otro Estado", así como también que "Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado".

Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, sin mengua de admitir la importancia del principio de no intervención, también reconoció que, en el derecho internacional contemporáneo, ese principio tiene un alcance más limitado con relación a los derechos humanos. Así, "la creciente preocupación de gran parte de la comunidad internacional por reafirmar la vigencia de los derechos humanos ha planteado una indudable incompatibilidad con el principio de no intervención. Esa antinomia ha dado lugar a un derecho de injerencia, que atribuye a los Estados el derecho de dejar de lado el principio de no intervención" . Esa injerencia puede ser un derecho, pero a veces es concebida como una obligación que avala, inclusive, el uso de la fuerza. "La injerencia, sea como derecho o como obligación, no son conceptos concebidos por el derecho internacional, más bien surgen de la evolución de las costumbres de los pueblos y son también otro producto de la globalización (...). Así concebido, el derecho de injerencia se inscribe en el cuadro más amplio de un orden mundial regido por los principios de la democracia, el Estado de Derecho y la primacía de la persona humana, donde el principio de no intervención, que parecía casi un axioma sagrado, ha pasado a tener un estatus muy relativo".

Ortiz de Rozas destaca que la formulación del derecho y deber de injerencia ha suscitado un duro debate con los partidarios del principio de no intervención, en el cual, quienes sostienen ese derecho-deber, y para eliminar suspicacias, avalan su manifestación solamente en circunstancias de extrema gravedad y urgencia humanitaria como "deber de asistencia humanitaria".

En síntesis, el loable propósito de defender los derechos humanos con la injerencia por razones humanitarias puede acarrear la destrucción del principio de no intervención y precipitar el logro de objetivos diversos bajo el pretexto de lograr la construcción de una comunidad internacional políticamente organizada. No por el consenso fruto de la aproximación o identificación cultural de los pueblos, sino por el uso de la fuerza para imponer un dogma político. Dogma que siempre será autocrático, aunque se lo presente bajo una fachada democrática.

128. La integración en la Constitución Nacional

Compartimos la opinión de Linares Quintana quien, a la luz de un enfoque jurídico, afirma que el principio de la supremacía de la Constitución, establecido por su art. 31, se impone frente a toda norma jurídica, inclusive los tratados internacionales por imposición del art. 27, los cuales para su validez deben ajustarse a todos los principios contenidos en la Ley Fundamental. Principios que, conforme al pragmatismo de la idea política dominante en la sociedad, no autorizan una delegación o transferencia, definitiva o incondicional, del poder soberano del Estado tal como lo requieren ciertas especies del proceso de integración.

El art. 75, inc. 24, de la Constitución prevé los tratados de integración cuyo objetivo consiste en delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

Establece que:

1) El Congreso puede aprobar tratados de integración cuyo objeto sea la delegación —no cesión— de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

2) La viabilidad de la delegación, o mejor dicho su validez jurídica, requiere que se concrete:

2.1) En condiciones de reciprocidad.

2.2) En condiciones de igualdad.

2.3) Que respeten el orden democrático.

2.4) Que respeten los derechos humanos.

3) Las normas que dicten las organizaciones supraestatales fruto de la integración —y por cierto, también el tratado— tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso.

Distingue entre los tratados de integración que se celebren con Estados latinoamericanos de los que se concreten con Estados no latinoamericanos.

Los tratados con Estados latinoamericanos deben ser aprobados por el Congreso mediante el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Los tratados de integración con Estados no latinoamericanos requieren la previa declaración del Congreso sobre la conveniencia del tratado por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara. Después de 120 días del acto declarativo, el tratado puede ser aprobado por el Congreso con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

En ambos casos, el tratado puede ser denunciado por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso.

¿A quién le corresponde verificar si se han cumplido las condiciones impuestas en orden a la reciprocidad, igualdad, respeto al orden democrático y los derechos humanos? Entendemos que al Poder Judicial. Pero si el tratado crea un organismo



jurisdiccional, ¿sería viable entender que subsiste esa competencia del Poder Judicial si se invoca el art. 27 de la Convención de Viena? Para quienes han asignado a los tratados de integración una jerarquía constitucional o supraconstitucional, la competencia será del organismo internacional. Una paradoja: un ente jurisdiccional internacional deberá decidir si el tratado o las decisiones adoptadas por las autoridades del organismo integrado se adecuan a los principios del derecho argentino referentes al orden democrático o a los derechos humanos. Se trata de una solución que no compartimos.

Estos tratados tienen jerarquía superior a las leyes sancionadas por el Congreso y esa supremacía frente a la ley también es acordada a las normas que dicten los órganos de la entidad supraestatal dentro de los límites resultantes de las competencias delegadas por el tratado de integración. Semejante cláusula puede acarrear una cuota importante de inseguridad jurídica cuando se opere la subordinación, o quizás derogación, implícita o tácita de las leyes respecto de las normas que dicten los órganos de las entidades supraestatales.

Cumplidas tales condiciones, cuya verificación en cada caso concreto incumbe en última instancia al Poder Judicial y no a un organismo jurisdiccional supraestatal, los tratados de integración son constitucionales y tienen un rango superior al de las leyes del Congreso.

Las condiciones impuestas por la Constitución, revelan que no hay una efectiva transferencia del poder soberano del Estado. Ello es así porque la validez de esos tratados y de las normas que dicten los entes supraestatales está condicionada por el cumplimiento del orden democrático, concebido no solamente como forma de gobierno, sino también como estilo de vida. Hay, entonces, una delegación que es condicional y revocable.

Ese orden democrático, a través de un enfoque restrictivo, está compuesto por: 1) La forma federal de Estado, tal como la tipifica la Constitución; 2) el gobierno republicano y representativo con todas las cualidades resultantes de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental; 3) la preservación de la libertad y dignidad de las personas. Y ese orden democrático establecido por la Constitución resulta ilusorio si llegara a estar desprovisto de un poder soberano que le dio origen y cuyo ejercicio, en última instancia, está configurado por el poder constituyente previsto en el art. 30 de la Constitución. Artículo, este último, que le asigna a los ciudadanos, por medio de sus representantes especiales —los convencionales—, la facultad de modificar la Ley Fundamental a la cual están subordinados los tratados internacionales, cualquiera sea su especie.

Igual solución es aplicable frente a los actos emanados de los órganos de las entidades supraestatales.

La eventual descalificación interna de un tratado internacional, por estar en pugna con la Constitución, no autoriza a la aplicación de sanciones por un ente supraestatal al Estado nacional, porque ello importaría desconocer el atributo soberano del poder estatal.

Diversas normas del derecho internacional avalan esa solución. El art. 27 de la Carta Orgánica de la Organización de los Estados Americanos, aprobada por la ley 17.281, establece que toda agresión contra la soberanía de un Estado americano será considerada como un acto de agresión contra los demás. Asimismo, la resolución 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21/12/1965, establece que ningún Estado o grupo de Estados puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para impedir que otro Estado ejerza sus derechos soberanos.

## 129. Soberanía

Los conceptos de soberanía, autonomía y autarquía se relacionan con el grado de centralización o descentralización que puede presentarse en una organización política global. Su uso, a pesar de ser frecuente, tanto en el ámbito político como en el jurídico, no está precedido por una clara y uniforme definición del contenido de cada uno de esos vocablos.

La aplicación simultánea de enfoques jurídicos, de ciencia política y de política agonal determinó la expresión de un concepto vago, confuso y equívoco, aunque impregnado de una intensa fuerza emotiva que, así como posibilitó la consolidación de los Estados modernos, también condujo a justificar las más aberrantes violaciones a la dignidad humana.

Esto último, en gran medida, se debe a que la soberanía constituyó el estereotipo de concepciones políticas destinadas a explicar la legitimidad del poder, como medio para imponer la obediencia y con prescindencia de los objetivos humanistas a que responde su ejercicio.

Jean Bodin fue el primer teórico que expuso la doctrina sobre la soberanía en su obra *Los seis libros de la república*, publicada en 1576. Definía a la república como un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común con potestad soberana y añadía que la soberanía es la potestad absoluta y perpetua de la república que se ejerce sobre súbditos y ciudadanos sin restricciones legales.

Bodin concentraba la titularidad de la soberanía en la república, concebida como sinónimo del Estado. Novedosa forma de organización política global mediante la cual se pondría final a las turbulentas guerras civiles que, regularmente, asolaban a los países europeos y, en particular, a Francia.

Sin embargo para consolidar esa forma de organización política global y dotar de seguridad y orden a la convivencia social, Bodin personalizaba la titularidad para el ejercicio de la soberanía en la institución del monarca. Esa concepción, llevada a su extremo por algunos pensadores, desdibujó la distinción implícita de Bodin entre titularidad de origen y titularidad en el ejercicio de la soberanía, al concentrar ambos aspectos en el rey y atribuir legitimidad a semejante conclusión mediante la doctrina del derecho divino de los reyes. Es así que la doctrina de la soberanía fue el instrumento apriorístico para justificar y legitimar el poder del rey y la consecuente obediencia inexcusable de los ciudadanos, tal como aparece expuesta en el pensamiento de Jacobo I, Filmer, De Maistre y De Bonald.

Frente al concepto de la soberanía del príncipe comenzó a desarrollarse en los siglos XVII y XVIII, por obra fundamentalmente del iusnaturalismo, un traspaso de esa titularidad de la soberanía del rey hacia los ciudadanos, el pueblo o la nación. Esa nueva idea política dominante presentaba variados matices.

En algunos casos tenía efectos absolutistas prescindentes de la finalidad en el ejercicio del poder, tal como en el pensamiento de Hobbes y Blackstone. Inclusive Rousseau, al proclamar la infalibilidad de la voluntad general, quedaba enrolado en esa línea de pensamiento político cuyos resultados fueron puestos en evidencia con el sistema implantado en la práctica política francesa de 1793. En cambio, en otros casos, aquel traslado de la soberanía estaba desprovisto de efectos absolutistas, como aconteció en las obras de Locke, Montesquieu, Sieyès y Constant.

Una de las condiciones indispensables para la existencia de una sociedad global dotada de organización política, y por ende del Estado, es el poder. No cualquier especie de poder, sino solamente del poder político que, como tal, abarca y está por encima de los poderes económico, militar, gremial, familiar, disciplinario o religioso existentes en una sociedad, y genera relaciones de mando y obediencia que se imponen a las que emanan de las restantes especies del poder.

A ese poder político Georg Jellinek lo identificaba con la soberanía, respecto de la cual distinguía la "soberanía del Estado" —titularidad de origen— de la "soberanía en el Estado" —titularidad del ejercicio—, y le asignaba ciertas características que, junto con las atribuidas por otros autores, se sistematizan en: 1) Supremo, porque no existe otra potestad que se le imponga; 2) ilimitado, por no estar sujeto a restricciones jurídicas positivas; 3) absoluto, porque es ineludible en el ámbito de la sociedad global; 4) indivisible, porque no es compartido; 5) perpetuo, por carecer de limitación temporal; 6) imprescriptible, porque no se opera su caducidad por la falta de ejercicio.

El concepto de soberanía no es independiente, sino que alude a una cualidad propia del poder estatal: supremo, ilimitado, absoluto, indivisible, perpetuo e imprescriptible. A una cualidad sin cuya existencia, con todas las características que le hemos atribuido, no es posible verificar la presencia de un Estado. Si el poder no es soberano, no habrá propiamente un Estado sino alguna otra especie de organización política global.

La titularidad de origen y pertenencia del poder soberano corresponden exclusivamente al Estado que es supremo en el orden interno e independiente en el externo. Pero la titularidad de ese poder, en lo que atañe a su ejercicio, y por imposición de la idea política dominante en la sociedad generada por el movimiento constitucionalista, corresponde al grupo humano que integra el Estado, el cual lo hace en forma directa o por medio de sus representantes que conforman el gobierno.

En síntesis, con la doctrina del poder soberano se busca el orden y la seguridad mediante la consolidación del Estado y el principio de autoridad que presupone. Todo ello para alcanzar los grandes fines que impulsaron a los hombres en el acto

de la formación de la sociedad política global, o al adoptar la decisión política de preservar su subsistencia.

### 130. Autonomía

La autonomía es la potestad que tiene una entidad para dictar normas jurídicas de carácter general, que son obligatorias e ineludibles en su ámbito jurisdiccional.

La autonomía está englobada en el concepto de soberanía porque, entre otros atributos, el poder soberano también puede dictar normas jurídicas de carácter general. La diferencia entre el poder soberano y el poder autónomo no reside en la potestad sancionatoria de las normas jurídicas, sino en que la coexistencia de ambos determina la subordinación del segundo al primero.

Esa subordinación acarrea, necesariamente, que las normas jurídicas resultantes del ejercicio del poder autónomo estén condicionadas, en orden a su validez, a su adecuación a las normas jurídicas provenientes del poder soberano.

La autonomía puede ser originaria o derivada. Es originaria cuando surge conjuntamente con el poder soberano y no es una creación de este último. Tal es la situación que presentan las provincias en un Estado federal.

Es derivada cuando su conformación obedece al ejercicio del poder soberano que delimita su contenido y extensión, que queda facultado para introducirle las modificaciones que estime pertinentes. Tal es la situación que presentan las regiones en un Estado unitario.

Ese poder de los entes autónomos para dictar sus propias normas jurídicas no siempre se limita al ámbito legislativo propiamente dicho. Cuando se trata de una autonomía originaria, también se extiende sobre un poder constituyente derivado, o de segundo grado, que le permite a dicha entidad determinar la conformación y los contenidos de su propia organización.

Así como la autonomía es un concepto que describe una realidad de envergadura política inferior a la soberanía, la autarquía representa un fenómeno similar frente a la autonomía. Su jerarquía política es inferior a la de la autonomía porque se limita a la potestad de administrarse a sí mismo.

La autarquía, o potestad de autoadministración, no se traduce en la facultad de dictar normas jurídicas generales sino de ejecutar las normas que han sido emitidas por una entidad de jerarquía política superior. A lo sumo, puede abarcar una potestad reglamentaria de las normas jurídicas, pero no la de sancionar esas normas generales.

La autarquía, como facultad de ordenar la propia administración, es un concepto que no se vincula con la descentralización política, tal como acontece con la autonomía, sino con la descentralización administrativa.

### 132. Regulación constitucional

El vocablo soberanía está incorporado en forma expresa a dos cláusulas constitucionales.

El art. 33 dispone que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no pueden ser entendidos como la negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El art. 37 establece que la Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en su consecuencia.

La primera disposición transitoria incluida con la reforma constitucional de 1994 dispone que la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser partes integrantes del territorio nacional.

En otras cláusulas de la Constitución, sin utilizar el vocablo "soberanía", se desarrollan aspectos propios de su significado. Así, el art. 22, ratificando la forma representativa de gobierno a la cual alude el art. 1º, dispone que el pueblo gobierna y delibera por medio de sus representantes y autoridades constitucionales, con la salvedad contemplada en los arts. 39 y 40 para el derecho de iniciativa y la consulta popular vinculante.

El art. 27 establece que los tratados internacionales que celebre el Gobierno federal deben ser conformes con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.

El art. 29 prohíbe al Congreso conceder al órgano ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público u otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.

En el sistema de la Constitución nacional, y como consecuencia de una interpretación sistemática y dinámica de su texto, no cabe duda de que el poder soberano reside exclusivamente en el Estado federal. Las provincias, que eran titulares de un poder similar cuando se resolvió sancionar la Ley Fundamental, transfirieron dicho poder al Estado federal al tiempo que retuvieron todos los atributos propios de la autonomía originaria conforme al art. 121 de la Constitución. Ellas conservan todo el poder normativo que no delegaron al ser aprobada la Constitución, y el que se reservaron expresamente al tiempo de constituir al Estado federal.

La expresión soberanía está enunciada en la Constitución. También lo están los vocablos autonomía y autarquía a partir de la reforma constitucional de 1994. El primero, en los arts. 85, 86, 120, 123 y 129. El segundo, en el art. 120.

El art. 85 de la Constitución, al crear la Auditoría General de la Nación, establece que se trata de un organismo de asistencia técnica del Congreso que tiene

"autonomía funcional". Similar referencia la encontramos en el art. 86, cuando dispone que el defensor del Pueblo es un órgano independiente, instituido en el ámbito del Congreso, que actúa con plena "autonomía funcional". A esa especie de autonomía también se refiere el art. 120 cuando prescribe que el Ministerio Público es un órgano independiente con "autonomía funcional" y "autarquía financiera".

El significado que se le asigna a la palabra "autonomía" en los casos de los artículos citados es incorrecto. La Auditoría General, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público no están facultados para dictar normas jurídicas generales, no tienen un poder constituyente de segundo grado ni son titulares de un poder político autónomo.

Si se acude a las reglas de interpretación constitucional y en particular a la semántica, el significado de tales cláusulas pone de relieve que la expresión "autonomía funcional" ha sido empleada con referencia exclusiva al funcionamiento independiente de los integrantes de tales órganos y no a sus estructuras.

El art. 129 de la Ley Fundamental dispone que el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es "autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción". Esta norma le atribuye a la Ciudad de Buenos Aires cierto grado de autonomía derivada sin configurar un reconocimiento de autonomía originaria que es propia de las provincias. Esa autonomía, que es similar a la que tienen las regiones, está sujeta a mayores limitaciones constitucionales que la autonomía originaria de las provincias. Esto es así porque la Ciudad de Buenos Aires solamente tiene las potestades que le confiere la Constitución, al tiempo que queda al margen de la previsión contenida en el art. 121 de la Ley Fundamental. Además, mientras prosiga siendo capital de la República, su poder autónomo estará limitado por las disposiciones de la ley 24.588, u otra similar que se sancione en el futuro, que garantizan los intereses del Estado nacional conforme lo establece el art. 129 de la Ley Fundamental. Limitaciones que pueden ser aumentadas por el Congreso Nacional en cualquier momento.

La cláusula conflictiva es la que contiene el art. 123 de la Constitución. Establece que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5º, las provincias deben asegurar la "autonomía municipal". Tal cláusula suscita la duda sobre si los municipios son entidades autónomas o autárquicas.

Tradicionalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como nuestra doctrina constitucional y administrativa habían sostenido que, si bien el régimen municipal está impuesto de manera obligatoria por el art. 5º de la Constitución, los municipios no eran entidades autónomas sino autárquicas. Sin embargo, sobre la base de una interpretación literal de las cláusulas constitucionales reformadas en 1994, algunos autores sostienen que se trata de entidades autónomas. Los municipios serían entes autónomos con proyecciones institucionales, políticas, administrativas, económicas y financieras que, en mayor

o menor medida, deben estar previstas en las constituciones provinciales o en las leyes locales reguladoras de los municipios.

Esa autonomía municipal ya había sido expuesta por la Corte Suprema de Justicia antes de la reforma constitucional de 1994 cuando, al resolver el caso "Rivademar"(2) en 1989, se apartó de su doctrina jurisprudencial clásica. Sostuvo la Corte que el carácter autónomo de los municipios proviene de su origen constitucional, a diferencia de las entidades autárquicas que tienen origen legal. Añadió que, aunque no se reconozca la autonomía municipal, no se puede prescindir de la necesaria existencia de un régimen municipal como el impuesto por el art. 5º de la Constitución. Por ende, las leyes provinciales no pueden omitir el establecimiento de los municipios y tampoco pueden privarlos de las atribuciones mínimas para el desempeño de su cometido, entre las cuales figura la de fijar la planta de su personal con la consecuente facultad para designarlo y removerlo.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en el caso "Municipalidad de la Ciudad de Rosario"(3) , la Corte volvió a destacar que el concepto de autonomía provincial significa que las provincias no pueden privar a los municipios de ciertas atribuciones mínimas y necesarias para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, poco después, al resolver el caso "Universidad de Buenos Aires"(4) , la Corte destacó que la expresión "autonomía universitaria" debe ser entendida no en un sentido técnico, sino con un significado acorde a la amplia libertad que requiere el desarrollo de funciones científicas y culturales, porque las únicas entidades autónomas son las provincias. "Autonomía universitaria" sería sinónimo de "autonomía académica", criterio que compartimos.

Pero, al margen de esa autarquía de tipo originario que disfrutaban los municipios por imposición del art. 5º de la Constitución, es necesario precisar el significado del término "autonomía" empleado en el art. 123, dado que las palabras que se utilizan al redactar un texto constitucional no pueden ser soslayadas o desvirtuadas. Se impone su interpretación racional y acorde con las cláusulas de la Constitución en el marco de una interpretación sistemática y semántica.

Entendemos que, después de la reforma constitucional de 1994, no cabe desconocer cierta autonomía derivada a los municipios ante el texto categórico del art. 123 de la Ley Fundamental.

Claro está que no se trata de la autonomía originaria reconocida a las provincias en su condición política de entidades preexistentes al Estado nacional, y que ellas conservaron según lo establece el art. 121 de la Constitución. Se trata de una autonomía derivada impuesta y creada por la Ley Fundamental o, en todo caso y con mayor propiedad, de una autarquía originaria. De una autonomía derivada o autarquía originaria que, en instancia final, es consecuencia de una delegación de atribuciones realizada por las provincias a raíz de un mandato constitucional.

No se trata de una concesión emanada del Estado nacional. Son las provincias las que, en sus constituciones y leyes orgánicas municipales, determinan y crean los municipios, establecen y modifican sus límites territoriales, precisan cuáles son sus

autoridades y atribuciones, fijan los procedimientos electorales para la designación de esas autoridades y establecen cuáles son las materias —y con qué alcances— que pueden ser reguladas normativamente por los municipios.

### 133. El federalismo argentino

El art. 1º de la Constitución dispone que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal. A su vez, el art. 35 establece que las denominaciones "Provincias Unidas del Río de la Plata", "República Argentina" y "Confederación Argentina" serán, de manera indistinta, los nombres oficiales que designarán al gobierno y al territorio de las provincias, y asimismo establece que deben emplearse las palabras Nación Argentina en la formación y sanción de las leyes.

En varios artículos de la Ley Fundamental se advierte cierta confusión entre los conceptos de gobierno y Estado. Asimismo, el vocablo nación suele ser utilizado como sinónimo de Estado (arts. 9º, 13, 14, 15, 16, 18 y 20) y otro tanto la expresión "república" (art. 10).

La concepción científica dominante hasta comienzos del siglo XX no distinguía con precisión los contenidos que actualmente se asignan a los vocablos Estado y gobierno. Tal circunstancia explica la razón por la cual los autores de la Ley Fundamental le atribuyeron al gobierno una cualidad que es propia de cierto tipo de Estado. En efecto, mientras que las formas representativa y republicana son modalidades propias del gobierno que tiene a su cargo el ejercicio del poder, la referencia al federalismo describe la forma de estructuración del poder político soberano y la forma bajo la cual se opera la organización estatal.

La Constitución establece la forma federal de Estado, que presupone cierto grado de descentralización política y la coexistencia de una entidad titular del poder soberano con otras dotadas de autonomía originaria.

Como especie de la organización política global, el Estado argentino reúne todas las condiciones necesarias para su existencia.

Su población está compuesta, en principio, por todas las personas que habitan el territorio argentino, las cuales están sujetas al ejercicio del poder político soberano. En la Primera Parte de la Constitución, tanto en su Capítulo Primero como en el Segundo, diversos artículos aluden al régimen normativo aplicable a la población del Estado.

Su territorio comprende el ámbito físico sobre el cual se ejerce el poder del Estado. La determinación de la extensión territorial del Estado federal es facultad privativa del Congreso (art. 75, inc. 15, CN).

Ésta abarca los territorios federalizados (art. 3º CN), los territorios nacionales (art. 75, inc. 15, CN) y los territorios provinciales. Los primeros son el asiento de la capital federal, los segundos son los que conformaron el espacio físico de las nuevas provincias y los terceros son aquellos sobre los cuales las provincias ejercen su poder autónomo y cuyos límites fueron determinados por el Congreso

(art. 75, inc. 15, CN). Después de la reforma constitucional de 1994, también integra ese territorio el espacio físico sobre el cual se extiende la Ciudad de Buenos Aires en su calidad de ente constitucional dotado de autonomía derivada (art. 129 CN).

El poder político soberano reside en el Estado federal que fue constituido y organizado voluntariamente por las provincias con motivo de la sanción de la Ley Fundamental de 1853/60. Tal es lo que resulta de nuestros antecedentes constitucionales, de una interpretación sistemática de la Constitución y del texto de su Preámbulo.

Las provincias, como entidades preexistentes al Estado federal, transfirieron sus poderes soberanos al tiempo que conservaron su autonomía originaria sobre la base de la cláusula contenida en el art. 121 de la Constitución. Tanto las provincias existentes en 1853, enumeradas por el art. 46 de la Ley Fundamental, como las llamadas "provincias en embrión" que se desarrollaron en los territorios nacionales (art. 75, inc. 15, CN).

El Estado federal es titular de todos los atributos del poder, con la salvedad de aquellos que no fueron delegados por las provincias en la Constitución y de los que se reservaron, o se reserven, en los pactos especiales suscriptos al momento de su incorporación al Estado federal. A este límite se añade el régimen de autonomía derivada que establece el art. 129 de la Constitución para la Ciudad de Buenos Aires.

#### 134. Pactos preexistentes y especiales

La aspiración por forjar la unidad nacional en el marco de un Estado federal también aparece expuesta en los pactos concertados por las provincias antes de la sanción de la Ley Fundamental de 1853/60. A tales pactos, que reciben el nombre de preexistentes, se refieren el Preámbulo de la Constitución y su art. 121.

Entre tales tratados interprovinciales se destacan el Pacto del Pilar del 23 de febrero de 1820, celebrado por Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, el Tratado del Cuadrilátero de 1822, acordado por las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes, el Pacto Federal del 4 de enero de 1831 celebrado por Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, y el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de mayo de 1852 que, suscripto por los gobernadores de todas las provincias, con excepción de los de Córdoba, Jujuy y Salta, fue posteriormente ratificado por estas últimas. En todos estos tratados, y sin perjuicio de las cláusulas específicas, se explicitaba la firme intención de sancionar una Constitución que respetara el principio federal para la organización del Estado.

La referencia constitucional a los pactos preexistentes constituye un elemento decisivo para interpretar los alcances de la delegación de atribuciones a que alude el art. 121 de la Ley Fundamental. En efecto, por ser las provincias entidades políticas que tuvieron poder soberano antes de la formación del Estado federal y al haber sido ellas quienes tomaron la decisión política de crear dicha organización estatal, las dudas razonables referentes a si ciertas atribuciones son de

competencia de las provincias o del Estado federal deben ser resueltas a favor de las primeras.

El art. 121 de la Constitución dispone categóricamente que las provincias conservan todo el poder que no fue delegado al Estado federal en el texto de la Ley Fundamental. Esa delegación puede ser expresa o implícita, pero en caso de duda la solución que se adopte no puede ser en detrimento de la autonomía provincial.

Distinta es la situación que se presenta con la Ciudad de Buenos Aires, cuya autonomía no es originaria sino derivada en los términos del art. 129 de la Constitución. A ella no se le aplica la reserva contenida en el art. 121, ya que los alcances de su autonomía están representados por las potestades que, de manera explícita o tácita, le confiere la Constitución. En este caso, no es viable la interpretación extensiva que establece el art. 121 y, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la competencia del Estado federal.

Además de los pactos preexistentes, el art. 121 de la Constitución menciona a los pactos especiales: Son los pactos que puede celebrar un Estado soberano con el Estado federal al momento de resolver su incorporación a éste, y cuya vigencia subsiste una vez concretada esa incorporación.

El único pacto especial hasta el presente fue el concertado entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires el 11 de noviembre de 1859. Se trata del Pacto de San José de Flores.

Tras la batalla de Cepeda se decidió la incorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina para forjar, de esa manera, el Estado federal que subsiste en la actualidad. Esa decisión se adoptó a través del Pacto de San José de Flores en el cual, entre otros aspectos, se acordó que:

- 1) Buenos Aires aceptaba y juraba solemnemente la Constitución de 1853.
- 2) Buenos Aires debía convocar a una Convención provincial para que examinara el texto constitucional de 1853.
- 3) Si la Convención provincial decidía que era necesario reformar la Constitución, el Congreso federal debía proceder a convocar una Convención ad hoc, integrada por representantes de todas las provincias, incluida Buenos Aires, para expedirse sobre si se aceptaban o no todas o algunas de las propuestas de reforma que formulara la Convención bonaerense.
- 4) No era viable modificar los límites territoriales de la provincia de Buenos Aires sin la conformidad de su legislatura.

A tales disposiciones se añadía la cláusula del art. 7º que tiene plena vigencia en la actualidad: "Todas las propiedades del Estado provincial que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por las autoridades de la provincia". De esta disposición quedaba

excluida la aduana de Buenos Aires que, a igual que las existentes en las restantes provincias, correspondían a la Nación.

Como consecuencia del Pacto de San José de Flores fueron introducidas importantes reformas al texto constitucional sancionado en 1853. Entre ellas, al art. 121. Se agregó su parte final que dispone: "y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". De modo que Buenos Aires, además de conservar todos los poderes que por la Constitución no fueron delegados al Estado federal, también retiene los poderes que expresamente se reservó por el Pacto de San José de Flores.

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia declaró la plena vigencia del art. 7º del Pacto de San José de Flores y su naturaleza constitucional. Así, sostuvo que los bienes del dominio provincial ubicados en la Capital Federal están eximidos de toda obligación impositiva. Incluso, consideró que la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires no podía demandar a la provincia de Buenos Aires el pago de los derechos establecidos a las empresas de servicios públicos por la ocupación o uso de la vía pública, espacio aéreo o subsuelo, cuando se trataba del servicio de telégrafos de la provincia porque, "aunque dicha ocupación excede el ámbito de la propiedad provincial, en verdad viene a incidir sobre la prestación del servicio del telégrafo que ha sido reservada a la provincia"(5) . También desestimó la demanda de la Nación contra la provincia por cobro de una tasa a las estaciones radioeléctricas aunque las oficinas estuvieran ubicadas en la Capital Federal, y aunque se tratara de servicios posteriores a la suscripción del Pacto de San José de Flores(6) .

Por similar fundamento, se rechazó la demanda promovida contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires por no retener los aportes sindicales a los empleados de esa institución que se desempeñan en su sede central y en las agencias de la Capital Federal. Dijo en esa oportunidad que "el Banco de la Provincia de Buenos Aires no está obligado a cumplir convenios colectivos de trabajo suscriptos por representantes de otras entidades oficiales privadas y mixtas, ya que ello importaría tanto como desconocer las prerrogativas que le han sido reservadas en su condición de organismo autárquico de la administración pública provincial, a raíz del pacto del 11 de noviembre de 1859"(7) .

Más recientemente, la Corte decidió que el Banco de la Provincia de Buenos Aires no está alcanzado por el impuesto al valor agregado(8) . Tras describir exhaustivamente la fundamentación del caso, expresó que la federalización de la ciudad de Buenos Aires en modo alguno importó una modificación el art. 7º del Pacto. La ley 1029 del 21/9/1880 fue una ley contrato pues su vigencia estaba condicionada a la aprobación provincial que se concretó mediante la ley local 1355, y en aquella se reguló que el Banco de la Provincia permanecería bajo su dirección y propiedad sin alteración de los derechos que le corresponden.

### 135. Relaciones entre el Estado federal y las provincias

El Estado federal, que presupone un relativo equilibrio entre las fuerzas centrífugas y centrípetas del poder, se traduce en la coexistencia de diversos

centros de los cuales emana la energía generadora de las relaciones de mando y obediencia. Por una parte, expresa la existencia de un foco centralizador dotado de poder soberano y, por la otra, de una pluralidad de centros autónomos de poder.

La coexistencia entre el Estado federal y las provincias se materializa en diversas relaciones. En el curso de tales relaciones se opera una superposición de intereses locales, regionales y nacionales con la consecuente necesidad de satisfacerlos y de precisar a quién incumbe en cada caso tal tarea.

Frente a esa hipótesis corresponde determinar hasta dónde se proyecta el poder soberano del Estado federal y otro tanto respecto de los poderes autónomos de las provincias.

En abstracto, el deslinde de los poderes y la tipificación de las relaciones no son una obra que presente mayor complejidad. Pero en la práctica no acontece lo mismo. Los elementos sociales, políticos, culturales o económicos de la vida social están estrechamente vinculados y sujetos a continuos cambios como consecuencia de su carácter esencialmente dinámico. Tales cambios gravitan sobre el equilibrio que se pretende preservar entre las fuerzas centrífugas y centrípetas que se manifiestan en un Estado federal y determinan alteraciones en los contenidos de las relaciones que se presentan entre la sede del poder soberano y las provincias.

Así, la unidad nacional y la promoción del bienestar general como objetivos constitucionales de un plan de gobierno no pueden superar los límites establecidos por el art. 121 de la Constitución. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que, de acuerdo con la distribución de competencias impuesta por la Constitución, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121 CN), mientras que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75 CN)(9) .

Pero, en algún caso concreto y atendiendo a sus particularidades, una aplicación esquemática de esa norma constitucional no puede conducir al absurdo de disolver la unidad nacional y transformar en una quimera el bienestar general. El equilibrio propio de un Estado federal no puede ser desvirtuado mediante la anulación de los poderes autónomos, ni mediante la atomización del poder soberano.

Las relaciones entre el Estado federal y las provincias son de subordinación, participación y coordinación.

Las relaciones de subordinación determinan la sujeción de las provincias al poder soberano del Estado federal con los alcances establecidos en la Constitución. Se concreta en el principio de la supremacía federal expuesto, entre otros, por los arts. 5º, 6º, 23, 31 y 123 de la Ley Fundamental, así como también en las potestades delegadas que enuncian los arts. 75, 99 y 116.

Las relaciones de participación consisten en la activa intervención de las provincias en la formación de la voluntad del Estado federal. No se trata de una participación facultativa sino necesaria y obligatoria.

Las relaciones de participación son establecidas por la Ley Fundamental cuando dispone que las provincias deben intervenir en el ejercicio de las facultades contempladas en los arts. 36, 39, 40, 59, 60, 61, 75 y en todos aquellos casos en que impone la actuación del Senado nacional para otorgar validez a los actos de los órganos legislativo o ejecutivo. Conforme al art. 54 de la Constitución, el Senado representa a las provincias quienes, por su intermedio, participan en la adopción de las decisiones del Estado federal.

Las relaciones de coordinación apuntan a la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias. Su propósito consiste en relacionar, de manera armónica, el funcionamiento de las provincias y del Estado federal que integran. Tal es la situación prevista por el art. 41 de la Constitución.

La norma básica que sirve para determinar el contenido de esa distribución de competencias es el art. 121 de la Ley Fundamental. Reconoce a las provincias todas las potestades que no fueron transferidas por la Constitución al Estado federal, y todas aquellas que se reservaron en los pactos especiales concertados como paso previo a su inserción en el Estado federal.

#### 136. Facultades del Estado federal y de las provincias

La distribución y enunciación de potestades realizada por la Constitución permite distinguir ocho categorías:

A) Facultades delegadas al Estado federal.

B) Facultades retenidas por las provincias.

C) Facultades concurrentes.

D) Facultades excepcionales del Estado federal.

E) Facultades excepcionales de las provincias.

F) Facultades compartidas por el Estado federal y las provincias.

G) Facultades prohibidas al Estado federal.

H) Facultades prohibidas a las provincias.

A) Entre las facultades delegadas al Estado federal se encuentran todas aquellas que, de manera expresa o implícita, la Constitución dispone que son ejercidas por el Gobierno federal. Tal es el caso del estado de sitio, la intervención federal, la sanción de las leyes de derecho común, el establecimiento de aduanas, leyes sobre naturalización y nacionalidad, leyes sobre bancarrotas o falsificación de la moneda y documentos públicos del Estado, la regulación del juicio por jurados, la legislación electoral para la designación de autoridades federales, el manejo y conducción de las relaciones internacionales, la regulación del comercio con naciones extranjeras y de las provincias entre sí, y en general los que enuncian los arts. 75 y 99 de la Constitución.

B) Las facultades retenidas o reservadas por las provincias son todas aquellas que no han sido objeto de la delegación citada por el art. 121 de la Ley Fundamental, algunas de las cuales aparecen mencionadas expresamente en la Constitución. Entre ellas cabe recordar la facultad de darse su propia constitución, sus instituciones, el régimen electoral para las autoridades provinciales, la creación de regiones, celebración de tratados carentes de contenido político, regulación del régimen municipal, previsión de la educación primaria y sanción de leyes procesales y de índole contravencional.

C) Las facultades concurrentes son atribuciones concedidas al Estado federal pero que, hasta tanto no sean ejercidas por él, pueden ser utilizadas por las provincias. No son facultades que pueden ser ejercidas de manera indistinta y simultánea por el Estado federal y las provincias. Constitucionalmente competen al Estado federal y una vez que son puestas en funcionamiento no pueden ser ejercidas por las provincias. Tal es el caso previsto, entre otros, por el art. 126 de la Constitución cuando establece que las provincias pueden sancionar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería hasta tanto no sean sancionados por el Congreso.

D) Las facultades excepcionales del Estado federal son aquellas que, en principio, corresponden a las provincias. Sin embargo, si se presentan las circunstancias de excepción que prevé la Ley Fundamental, pueden ser ejercidas por el Estado federal. Tal es la hipótesis que contempla el art. 75, inc. 2º, de la Constitución con respecto a los impuestos directos. Su aplicación es competencia de las provincias, pero pueden ser establecidos por el Congreso nacional por tiempo determinado y en todo el territorio de la Nación si así lo exigen la defensa, la seguridad común y el bien general del Estado.

E) Las facultades excepcionales de las provincias son aquellas que, en principio, corresponden al Estado federal. Sin embargo, cuando un estado de necesidad requiera de su inmediato ejercicio en salvaguarda del Estado federal o de sus instituciones, las provincias están facultadas para desarrollar esas potestades. Es el caso del art. 126 de la Constitución, cuando autoriza a las provincias a armar buques de guerra o levantar ejércitos en caso de invasión externa o de un peligro tan inminente que no admita dilación alguna para afrontarlo.

F) Las facultades compartidas por el Estado federal y las provincias son aquellas que, necesariamente, deben ser ejercidas de modo uniforme por ambas entidades. A diferencia de las facultades concurrentes que son ejercidas por el Estado federal y, en su defecto, por las provincias, las facultades compartidas son las que requieren un consenso entre la voluntad del Estado federal y de las provincias. Tales son los casos del establecimiento de la capital del Estado federal en territorio provincial (art. 3º CN), la formación de una nueva provincia con el territorio perteneciente a otra u otras (art. 13 CN), o la sanción de las leyes convenio para establecer regímenes de coparticipación impositiva (art. 75, inc. 2º, CN). En tales hipótesis, el logro del objetivo perseguido requiere de una ley del Congreso nacional y de una ley de la legislatura de cada provincia afectada.

G) Las facultades prohibidas al Estado federal son todas aquellas cuyo ejercicio la Constitución veda al Gobierno federal. Implícitamente, el ejercicio de tales facultades es acordado a los gobiernos provinciales.

H) Las facultades prohibidas a las provincias son todas aquellas cuyo ejercicio por las legislaturas provinciales veda de manera expresa la Constitución. Implícitamente, el ejercicio de estas facultades es acordado al Gobierno federal. Se trata de las situaciones previstas en el art. 126 de la Ley Fundamental que no configuran las hipótesis de facultades concurrentes.

Las potestades contenidas en la Constitución, que se distribuyen entre el Estado federal y las provincias, pueden ser expresas o implícitas. Las primeras son las que aparecen enunciadas en el articulado de la Ley Fundamental.

Las implícitas son aquellas que no están enunciadas en la Constitución, pero que resultan medios convenientes para que un órgano gubernamental, tanto en el orden federal como en el provincial, pueda concretar el ejercicio de sus facultades constitucionales. A estas potestades implícitas, aunque con referencia al Congreso federal, alude el art. 75, inc. 32, de la Ley Fundamental cuando le reconoce la facultad de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para el ejercicio de las potestades que le confiere ese artículo y las restantes disposiciones de la Constitución.

### 137. Constituciones provinciales

El art. 5º de la Ley Fundamental impone a las provincias el deber de sancionar una constitución conforme a las condiciones establecidas en esa norma. Su incumplimiento, total o parcial, es causal suficiente para disponer la intervención federal de la provincia, sin perjuicio del control de constitucionalidad que, eventualmente y en cada caso concreto, se puede ejercer respecto de aquellas cláusulas de la Constitución local que no se adecuen a las condiciones del art. 5º. El control jurisdiccional lo ejerce la Corte Suprema de Justicia.

Se trata de una obligación ineludible para las provincias, cuyo cumplimiento se concreta mediante el ejercicio de un poder constituyente de segundo grado que emana de su autonomía originaria. Es una de las potestades que conservan las provincias conforme al art. 121 de la Constitución.

El art. 5º, en el texto sancionado en 1853, contenía dos diferencias frente a su redacción actual. La primera consistía en supeditar la validez de las constituciones provinciales a su aprobación por el Congreso. La segunda establecía que la educación primaria que deben asegurar las provincias a su población sería gratuita.

Ambos contenidos fueron reformados por la Convención de 1860, que aceptó las sugerencias formuladas por la Comisión Examinadora de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto al primero, porque se entendió que los convencionales de las provincias estaban dotados de mayor idoneidad para comprender las características y necesidades locales que los miembros del Congreso. Por otra

parte, el establecimiento de ese control comportaba una importante limitación al federalismo con los consecuentes riesgos provenientes de una centralización del poder.

En cuanto al segundo, si bien se mantuvo el deber de asegurar la educación primaria, se suprimió la referencia al carácter gratuito. Se entendió que la redacción de la cláusula podía impedir la sanción de leyes que establecieran contribuciones especiales para costear la enseñanza o que limitaran el carácter gratuito a los hijos de personas carentes de mayores recursos con el consiguiente perjuicio, en ambos casos, para las restantes necesidades locales que debían ser satisfechas con los magros presupuestos provinciales.

Las condiciones bajo las cuales deben ser sancionadas las constituciones provinciales son: 1) La adopción del sistema republicano representativo de gobierno; 2) el respeto a los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental; 3) debe asegurarse la administración de justicia; 4) debe establecerse un régimen municipal; 5) debe garantizarse la educación primaria. Sancionada la Constitución provincial y cumplidas las condiciones impuestas por el art. 5º, el Gobierno nacional debe extender a las provincias la garantía federal que les asegure un desenvolvimiento conforme a sus propias instituciones.

La adopción por las provincias del sistema representativo republicano de gobierno, al cual alude el art. 1º de la Constitución, significa que deben organizar sus instituciones políticas conforme a los principios generales que, sobre el particular, contiene la Ley Fundamental.

Las cláusulas constitucionales referentes a las declaraciones, derechos y garantías tienen vigencia en todo el país, sin que puedan ser alteradas por las constituciones provinciales. Carecen de validez las normas locales que desconocen tales principios, los niegan, reducen o alteran. En rigor, son innecesarias y colisionan con la técnica de la concisión que debe presidir la redacción constitucional.

El cumplimiento de los requisitos del art. 5º condiciona el otorgamiento a las provincias de la garantía federal: el goce y ejercicio de sus propias instituciones. Garantía federal que permite a las provincias preservar el ejercicio de su poder político autónomo y originario, el desarrollo económico, la integridad territorial, su condición de igualdad en el ámbito nacional y la protección para asegurar la paz interior y la unión nacional.

### 138. La garantía del principio federal

El sistema federal para la organización estatal acordado por las provincias y expuesto en la Constitución fue la institucionalización de los principios e ideas políticas dominantes que se manifestaron, desde un comienzo, en el curso del proceso político argentino.

Para forjar la organización política definitiva del país, las provincias, como entidades preexistentes, contribuyeron a la formación del Estado federal para lo cual transfirieron una parte de sus potestades originarias, en tanto conservaron



las restantes. Esa transferencia, a la cual alude el art. 121 de la Constitución, determina que el Gobierno federal solamente pueda ejercer los atributos que expresamente fueron transferidos por las provincias. Se trata de una forma de estructuración federal que difiere de la establecida en otros Estados federales, donde las provincias o los Estados locales solamente conservan aquellos poderes que expresamente se hubieran reservado en la Constitución. El ejercicio de todos los restantes es de competencia exclusiva del Gobierno federal. Tal es el caso de Canadá.

Como contrapartida de esa transferencia de potestades, el Estado federal contrajo la obligación de asegurar a las provincias el ejercicio de las potestades reservadas a través de la llamada garantía federal.

La garantía federal tiene dos objetivos: 1) Permitir a las provincias el pleno ejercicio de su personalidad y autonomía originarias, mediante el desenvolvimiento de las potestades reservadas; 2) hacer efectivo un control vertical del poder político del Estado federal para evitar que su extralimitación conduzca al desconocimiento o desnaturalización de los atributos provinciales.

El principio de la garantía federal abarca: 1) La existencia e integridad territorial de las provincias; 2) la autonomía política; 3) el desarrollo económico y el bienestar local; 4) la igualdad entre las provincias; 5) la unión nacional y la paz interior.

El otorgamiento de la garantía federal se puede concretar por diversos medios. Entre otros, la concesión de subsidios, créditos, regímenes especiales y transitorios en materia económica y fiscal, traslado de fuerzas armadas y de seguridad, así como también mediante la intervención federal o la declaración del estado de sitio.

#### 139. Integridad territorial

El Estado federal tiene el deber de respetar y asegurar la integridad territorial de las provincias. Cada una de ellas se incorporó al Estado federal con un espacio territorial intangible que abarca el suelo, el subsuelo, su espacio aéreo y sus recursos naturales. Tales componentes de su espacio territorial no pueden ser alterados unilateralmente por el Estado federal ni por las restantes provincias.

Así, el art. 3º de la Constitución establece que la cesión de territorios para constituir la capital de la República debe ser efectuada por la legislatura provincial.

El art. 6º garantiza a las provincias su extensión territorial si llega a ser vulnerada por un acto de invasión.

El art. 13 condiciona, a la conformidad de la legislatura provincial, la cesión de parte de su territorio para la constitución de una nueva provincia.

Tampoco es viable disponer unilateralmente la extinción de una provincia mediante su incorporación a otra, o por la fusión de varias de ellas para conformar una nueva provincia, o por su traspaso al ámbito de los territorios nacionales. Siempre será necesaria la conformidad de la provincia afectada mediante la

manifestación de voluntad expuesta por su legislatura y sin perjuicio de los recaudos previos que pueda exigir la Constitución local.

La determinación de los límites definitivos de las provincias corresponde al Congreso (art. 75, inc. 15 CN) pero los conflictos que sobre el particular se presenten entre las provincias deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 117 y 127 CN).

#### 140. Autonomía política

El Estado federal tiene la obligación de respetar y asegurar la autonomía política originaria de las provincias, con la única condición de que den previo cumplimiento a los requisitos impuestos por el art. 5º de la Constitución.

Con sujeción a tales requisitos, las provincias tienen derecho a organizar sus propias instituciones y regirse por ellas. Si bien las provincias están obligadas a adoptar la técnica de la separación de las funciones gubernamentales, disfrutan de un amplio marco de libertad para estructurar a sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial de gobierno.

En función de esa autonomía política, el art. 124 de la Constitución reconoce a las provincias la potestad de celebrar convenios con naciones extranjeras que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades transferidas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación.

Asimismo, el art. 125 reconoce a las provincias el derecho a ejercer sus potestades para promover sus industrias, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de sus ríos. Todo ello con recursos propios y sin perturbar el logro de objetivos similares por el Gobierno federal, tal como están previstos en el art. 75, inc. 18, de la Constitución.

Si al ejercer sus potestades en busca de la concreción de tales objetivos constitucionales las provincias estiman conveniente la celebración de acuerdos con otras provincias, Estados extranjeros u organismos internacionales o supraestatales, la Ley Fundamental no opone reparos a ello (art. 124 CN). Como se trata de una de las facultades reservadas según el art. 121, solamente se requiere que los tratados:

1) Tengan objetivos económicos o sociales cuya determinación, regulación y administración sean potestad exclusiva de las provincias. Quedan excluidos aquellos tratados que respondan a objetivos políticos.

2) No se opongan a los compromisos exteriores contraídos por la Nación en materia económica o social sujeta a su potestad exclusiva, o que pueda ser objeto de una potestad concurrente con las provincias en el ámbito interno.

3) No se opongan a los lineamientos de política exterior establecidos por el Gobierno federal. Así, las provincias no podrán concertar acuerdos con Estados

extranjeros, organizaciones internacionales o entidades supraestatales que no sean reconocidos por el Gobierno federal o con los cuales la Nación esté en conflicto.

4) No afecten el crédito público de la Nación, al comprometer su responsabilidad o el alcance de los compromisos de esa índole que contrajo.

5) Se adecuen a las limitaciones establecidas por el art. 27 de la Constitución.

6) Pongan en conocimiento del Congreso la celebración del convenio.

La autonomía política de las provincias no es absoluta pues debe adecuarse a los principios rectores impuestos por la Constitución federal respecto a la organización republicana y representativa, así como también a los tratados internacionales (art. 75, incs. 22 y 24).

La Corte Suprema de Justicia puede declarar la invalidez del texto constitucional provincial si no se adecua a tales principios. También puede suspender o privar de validez a las decisiones políticas que adopten los órganos gubernamentales.

En los casos "Ponce"(10) y "Barbeito"(11) , la Corte Suprema de Justicia dispuso suspender la aplicación de una ley de la provincia de San Luis que, mediante la incorporación de una cláusula transitoria a su Constitución, disponía la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales y habilitaba al Poder Ejecutivo provincial a convocar a elecciones para cubrir esos cargos y añadía que aquella caducidad se produciría el día que se fijara para la asunción de las nuevas autoridades electas. La Corte decidió suspender la aplicación de la ley y de todo acto gubernamental que importara alterar el período de vigencia de los mandatos existentes, hasta tanto se pronunciara sobre la validez de la norma cuestionada.

#### 141. Desarrollo económico y bienestar local

La autonomía originaria de las provincias comprende la potestad de establecer sus propios planes y metodologías para concretar el desarrollo económico local y el bien común para sus habitantes. Es de suma importancia el esfuerzo que deben efectuar las provincias para disfrutar de estructuras económicas progresistas y de alta productividad, porque sin una razonable autosuficiencia económica su autonomía política estaría seriamente restringida.

La expresión de la garantía federal en este ámbito se traduce en: 1) El deber del Estado federal para proveer todo lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18); 2) la ayuda federal, mediante subsidios del Tesoro nacional, que la Nación debe conceder a las provincias como una compensación equitativa por las cesiones económicas que ellas hicieron para posibilitar la formación del Estado federal (art. 75, inc. 9).

De todas maneras, y en la medida posible, es conveniente que las provincias procuren satisfacer los gastos ordinarios con sus propias rentas y evite darles un destino superfluo o improductivo.

Por otra parte, la recepción de subsidios del Tesoro nacional para la cobertura de los gastos provinciales ordinarios genera una suerte de dependencia política de ellos frente al Gobierno federal que, muchas veces, se traduce en la imposición, por parte de este último, de políticas agonales.

La existencia de recursos genuinos permite a las provincias generar un desarrollo importante para su sistema educacional y de seguridad social, con la consecuente satisfacción del bien común local.

En el ámbito del desarrollo económico y el bienestar de las provincias también cabe mencionar el segundo párrafo del art. 124 de la Ley Fundamental, que establece que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Reconocer a las provincias el dominio originario sobre sus recursos naturales es una consecuencia de la garantía federal que, entre otros aspectos, impone a la Nación el deber de respetar y de hacer respetar la intangibilidad territorial de las provincias.

El concepto de dominio originario atribuido a las provincias sobre los recursos naturales existentes en sus territorios no equivale al del derecho real de dominio previsto en el art. 2506 del Código Civil. Se trata de un dominio público, inalienable e imprescriptible, que corresponde a las provincias desde el mismo momento de su organización, pues no reconoce un titular anterior. No es susceptible de transferencia, aunque su explotación puede ser cedida a los particulares.

El dominio conlleva la jurisdicción, aunque no necesariamente exista unidad en sus titulares. La jurisdicción es la potestad de regular las relaciones jurídicas que nacen del dominio originario y su ejercicio puede estar a cargo de las provincias, de la Nación o de ambas previa delimitación de sus áreas de competencia. La jurisdicción para sancionar normas destinadas a regular los recursos naturales puede emanar de las provincias, pero también del Estado federal en aquellos casos que estén previstos por la Constitución. Es una aplicación del art. 121 de la Ley Fundamental. Así, la regulación del régimen de la minería incumbe a la Nación (art. 75, inc. 12 CN), y otro tanto respecto de las materias relacionadas con los recursos naturales cuando se impone la determinación de los grandes lineamientos políticos y económicos que deben presidir el rumbo y la actividad del Estado federal.

La ley 24.992, que establece el Régimen Federal de Pesca, dispone que son del dominio provincial con litoral marítimo los recursos vivos que poblaren las aguas interiores y el mar territorial adyacente a sus costas, hasta las 12 millas marinas medidas desde las líneas de base. Superadas las 12 millas, tanto el dominio como la jurisdicción corresponden exclusivamente al Estado federal (arts. 3º y 4º).

Sin embargo, se prevé la jurisdicción nacional para fomentar la pesca marítima, el aprovechamiento racional de los recursos vivos marinos, la sustentabilidad de la actividad pesquera y la protección efectiva de los intereses nacionales relacionados con la pesca (art. 1º).

La autoridad de aplicación es determinada por el Poder Ejecutivo nacional y, en delegación, por la Dirección Nacional de Pesca y Acuicultura, al tiempo que la jurisdicción provincial queda sensiblemente limitada. Ello debido a que la actividad pesquera está íntimamente relacionada con el comercio y la navegación interprovincial o internacional que son materias que constitucionalmente competen al gobierno federal(12) .

El reconocimiento del dominio originario, reiteramos, no siempre queda equiparado con la potestad jurisdiccional. La Corte Suprema de Justicia, al decidir el caso "Total Austral c. Provincia de Tierra del Fuego"(13) , sostuvo que la provincia no tenía potestades para gravar los yacimientos de hidrocarburos situados fuera de las tres millas marinas de delimitación física del mar territorial provincial fijadas en la ley 18.502. Añadió que esa situación no había sido alterada por la ley 23.968, en cuanto estableció que el límite del mar territorial se extiende hasta las doce millas marinas, porque es una ley que tiene por objeto fijar las líneas de base del Estado ante la comunidad internacional y en el ejercicio de su poder soberano. Pero ello no guarda relación con las cuestiones vinculadas a la jurisdicción provincial sobre el mar territorial que constituye un aspecto de derecho interno. Sobre tal base, declaró la inconstitucionalidad del art. 81 de la Constitución provincial que extiende su jurisdicción, en materia de explotación económica, hasta donde la República Argentina ejerce su jurisdicción.

La sentencia fue anterior a la sanción de la ley 26.197 que reconoce a las provincias el dominio sobre los yacimientos de hidrocarburos hasta las doce millas marinas.

También el Alto Tribunal resolvió que el pago de regalías hidroeléctricas previstas en la ley 15.336 se debe efectuar a la provincia o provincias en cuyo territorio se encuentra la caída de agua que genera la energía, con prescindencia del curso de los ríos(14) .

#### 142. Régimen de los hidrocarburos

Tanto la titularidad sobre los yacimientos de hidrocarburos como su explotación han sido objeto de un intenso debate que, sustancialmente, responde a dos concepciones políticas diferentes. Debido a su naturaleza estratégica para el desarrollo de la política económica de la Nación, son bienes del dominio originario del Estado federal. Por el contrario, y en atención a la cláusula del art. 121 de la Ley Fundamental, quedan sujetos al dominio y jurisdicción de las provincias. La primera concepción responde a una visión centralista y concentradora del poder, que asigna al Estado federal un rol paternalista respecto de las provincias. La segunda se enlaza estrictamente en el ámbito de un sistema federal que atribuye a las provincias el dominio sobre sus recursos naturales y prescinde de toda consideración extraña a la que emana de la génesis del proceso federal y del texto de la Constitución.

Conforme el Código de Minería, sancionado en 1887, los yacimientos de hidrocarburos estaban implícitamente incluidos entre los minerales de primera categoría, que podían ser objeto de concesiones a favor de los particulares

peticionantes. En 1935 se sancionó la ley 12.161 que incorporó expresamente la exploración y explotación de los hidrocarburos al Código de Minería entre las minas de primera categoría susceptibles de concesiones. La ley quedó sin efecto con la reforma constitucional de 1949, que estableció que los yacimientos de hidrocarburos pertenecían al dominio nacional y vedó las concesiones. La empresa nacional Yacimiento Petrolíferos Fiscales, que tenía el monopolio en la exploración y explotación de hidrocarburos, fue autorizada, por el decreto 933/1958 a celebrar contratos de locación de obra y servicios con los particulares. Luego, la ley 14.773, sancionada en 1958, declaró que los yacimientos de hidrocarburos pertenecían al dominio nacional y prohibió las concesiones en materia de exploración y explotación. Finalmente, el 23/6/1967 fue sancionada la ley 17.319, conforme a la cual los yacimientos de hidrocarburos pertenecían "al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional". Dicha norma añadió que la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos podían estar a cargo de empresas estatales, privadas o mixtas. El Poder Ejecutivo podía otorgar permisos de exploración y concesiones temporales de explotación y transporte de hidrocarburos, y se reconocían regalías que oscilaban entre el 5% y 12% en beneficio de las provincias dentro de cuyos límites se encontraran yacimientos de hidrocarburos.

Cuando fue cuestionada la validez de la 17.319, la Corte Suprema afirmó su constitucionalidad al considerar que el Congreso estaba habilitado para coordinar y decidir en aquellas materias que, como la explotación de hidrocarburos, revestían interés para el país en general(15) .

En septiembre de 1992, fue sancionada la ley 24.145. Ella autorizó la privatización de Yacimientos Petrolíferos Fiscales y dispuso la transferencia del dominio de los yacimientos de hidrocarburos del Estado nacional a las provincias en cuyos territorios se encontraban, así como también en el mar territorial adyacente hasta una distancia de 12 millas marinas. Esa transferencia no comprendía las áreas respecto de las cuales se hubieran otorgado permisos de exploración y concesiones de explotación a aquella empresa estatal y a las restantes empresas privadas.

Sin embargo, esa Ley de Federalización de Hidrocarburos estableció que la transferencia operaría recién: 1) Al vencimiento de los plazos legales y contractuales por los que fueron otorgados los permisos, concesiones y contratos vigentes; 2) luego de ser sancionada una ley modificatoria de la 17.319 que adecuara sus contenidos a esa transferencia de dominio.

Pendiente aún la transferencia del dominio originario dispuesta por la ley 24.145, tuvo lugar la reforma constitucional de 1994, que reconoció a las provincias "el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios" (art. 124).

No obstante la entrada en vigencia de la reforma constitucional, la aplicación de la ley 17.319 y su reglamentación, así como la autoridad concedente de los permisos y concesiones, permanecían en el Gobierno federal, con la salvedad de algunas

materias como la recaudación y fiscalización de las regalías y las cuestiones ambientales.

Finalmente, en diciembre de 2006, fue sancionada la ley 26.197. Sustituyó el texto del art. 1º de la ley 17.319 por el siguiente: "Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren (...) pertenecen a los Estados provinciales los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios, incluidos los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de doce millas marinas desde la línea de base establecida por la ley 23.968...".

La ley 26.197, usualmente denominada "Ley corta", adaptó el régimen legal en materia de hidrocarburos al art. 124 de la Constitución, al tiempo que mantuvo en vigencia la ley 17.319 con una serie de modificaciones que reconocen a las provincias facultades como autoridad concedente y de control, como consecuencia de que asumen en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración de sus yacimientos de hidrocarburos.

Si bien los yacimientos de hidrocarburos, sitios en su territorio, pertenecen al dominio originario de las provincias, las normas que regulan la materia deben emanar del Estado nacional (art. 75, inc. 12, CN), las que por su naturaleza no pueden ser modificadas por la legislación provincial(16) .

En tal sentido, la Corte Suprema tiene resuelto que, una vez "sancionados los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, actualmente en vigencia, es indudable que las provincias no están facultadas para legislar sobre la materia, de acuerdo con preceptos constitucionales, por tratarse de una función que compete a la autoridad nacional en mérito de los poderes que le han sido delegados, así como ampliar, modificar o restringir las disposiciones de aquéllos, de manera que si una ley local invade el fuero federal legislando sobre cosas o actos que no le corresponden, la inconstitucionalidad de ella es manifiesta"(17) .

Entendemos que esa legislación de fondo no podrá tener un alcance tal que importe desarticular el dominio originario concedido por la Ley Fundamental en su art. 124. No se podrá sustituir a la autoridad de aplicación —que es provincial— ni desconocer la jurisdicción de los tribunales locales.

En términos generales, y con la salvedad de ciertos lapsos en que privó la sensatez, desde 1907 la exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos estuvo sujeta a intensos controles estatales que, en definitiva, impidieron en tiempo oportuno el uso racional y satisfactorio de ellos para el progreso del país. El monopolio estatal, la conformación de entes burocráticos ineficientes, la ausencia de tecnología apropiada o las regulaciones de precios fueron —y son— algunos de los factores que trabaron el logro de aquel objetivo conforme lo impone la cláusula del progreso contenida en el art. 75, inc. 18 de la Constitución. Asimismo constituyeron —y constituyen— obstáculos para el desenvolvimiento económico

de las provincias que disponen de tales recursos y, por ende, del incremento en el nivel de vida de su población.

En este aspecto, la reforma constitucional de 1994 fue importante al disipar toda duda: los recursos naturales son del dominio originario de las provincias, sin que puedan ser privadas de ellos por un tutor o mediante la invocación de la concepción del dominio eminente.

En esta línea, también fue importante, aunque incompleta, la sanción de la ley 26.197, porque la intromisión del Estado federal acota considerablemente la independencia económica provincial.

Veamos. La ley 26.197 establece que las regalías se deben pagar a las provincias. Pero su monto está fijado por la ley 17.319 en el 12% de la producción, mientras que el Poder Ejecutivo nacional puede variar el porcentaje en consideración de la "productividad, condiciones y ubicación de los pozos" (art. 59). No se trata de un impuesto sino de uno de los ingredientes de la concesión. De modo que el Estado federal, a través de un acto discrecional del Poder Ejecutivo, establece el quantum de las regalías que pueden percibir las provincias por la explotación de sus recursos naturales.

Son regulaciones no sustanciales de la explotación y exploración de yacimientos de hidrocarburos cuya emisión solamente podría emanar de las propias provincias. A ello se añaden los impuestos inconstitucionales a la exportación que impone el Poder Ejecutivo, no el Congreso, bajo el nombre de "retenciones" y que desalientan el incremento de la producción. "Retenciones" que no obedecen a una política energética porque bien podría el Estado federal adquirir los hidrocarburos que se desean exportar a precios de mercado, sino a una singular patología fiscalista, tal como acontece con las "regalías" impuestas a los productos agropecuarios.

#### 143. Igualdad entre las provincias

Todas las provincias que integran el Estado federal se encuentran constitucionalmente en un plano de igualdad. Esa igualdad se extiende, tanto a las provincias existentes al ser sancionada la Constitución, como a las que fueron constituidas con posterioridad en el ámbito de los territorios nacionales. Asimismo, también será aplicable a las provincias nuevas que, eventualmente, se formen en el futuro.

La única excepción, prevista en el art. 121 de la Ley Fundamental, consiste en reconocer una situación particular a las provincias que se reserven determinadas potestades al tiempo de ser incorporadas a la Nación. Tal es lo que acontece con la provincia de Buenos Aires respecto de las potestades objeto de reserva en el Pacto de San José de Flores de 1859. De igual manera, esa situación excepcional podrá regir en el futuro para las provincias que se incorporen al Estado federal conservando ciertos atributos que se enuncien en los pactos especiales.

En función de esta garantía, la Constitución dispone que los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia disfrutan de entera fe en las demás

(art. 7º); los ciudadanos que habitan cada provincia tienen todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes a su condición de ciudadanos en las demás provincias (art. 8º); las provincias están obligadas, recíprocamente, a otorgar la extradición de las personas a quienes se les imputa la comisión de delitos (art. 8º); el número de diputados nacionales elegidos en cada provincia se determinará proporcionalmente sobre la base de su población (art. 45); cada provincia está representada por tres senadores nacionales (art. 54).

En materia impositiva, el art. 75, inc. 2º, de la Constitución, establece la distribución de los impuestos coparticipables resultantes de la ley convenio que sancionará el Congreso, sobre la base de los acuerdos previos y uniformes que concertará la Nación con las provincias.

#### 144. Unión nacional y paz interior

Las provincias tienen el deber de concertar entre ellas relaciones armónicas, basadas sobre un respeto recíproco, por ser todas integrantes del Estado nacional a cuya formación contribuyeron al renunciar a sus poderes soberanos. Los eventuales conflictos que puedan presentarse entre las provincias tienen que ser resueltos en forma pacífica y razonable y no mediante actos de fuerza o como consecuencia de una relación de subordinación.

En tal sentido, el art. 127 de la Ley Fundamental prohíbe a las provincias que se declaren la guerra y establece que las hostilidades de hecho que se susciten son actos de guerra calificados de sedición.

A falta de acuerdo entre las provincias para decidir sobre los conflictos, la solución de éstos corresponde al Gobierno nacional. Ya sea a través del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia.

La determinación de los límites entre las provincias solamente puede ser resuelta por el Congreso nacional (art. 75, inc. 15). En esta materia, sus decisiones no son susceptibles de revisión por vía judicial por tratarse de una cuestión esencialmente política(18), de competencia exclusiva y excluyente del Congreso.

Sin embargo, si la decisión del Congreso es arbitraria en su fundamentación, o si en el tratamiento del tema no aplica las reglas del debido proceso legal, la ley correspondiente será susceptible de revisión judicial por la Corte Suprema de Justicia. En tales casos, el Alto Tribunal se limitará a disponer la invalidez de la norma pero no podrá determinar cuál es el contenido de dicha ley y así sustituir al Congreso en el ejercicio de una atribución propia que le confiere la Ley Fundamental.

Si los conflictos de límites son resueltos directamente por las provincias o mediante la intervención de un árbitro designado por ellas, el acuerdo o laudo tendrá validez en tanto esté desprovisto de arbitrariedad. De no ser así, las provincias podrían recurrir ante la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, la Corte Suprema tiene resuelto que la competencia originaria del art. 117 sólo requiere de un conflicto entre diversas provincias producido como

consecuencia del ejercicio de los poderes no transferidos al Estado federal y que son el resultado del reconocimiento de su autonomía. Tales cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja y concernientes a las relaciones políticas entre las provincias, otorgan a la Corte Suprema la facultad de determinar de oficio el derecho aplicable para resolver el litigio(19).

#### 145. El régimen municipal

En el curso de la historia política de la humanidad, el municipio aparece como el baluarte primario y más firme para concretar la tutela de las libertades del hombre y su proyección al derecho positivo.

De origen anterior al Estado moderno, el municipio constituye la unidad administrativa y autárquica básica dentro de la organización jerárquica que caracteriza al Estado federal.

Esa realidad fue debidamente valorada por los constituyentes de 1853/60, quienes atribuyeron jerarquía constitucional al régimen de los municipios. Plasmaron esa realidad proyectando sus efectos hasta nuestros días, donde la comuna prosigue cumpliendo el rol de núcleo social y político primario a través del cual se expresan las necesidades, inquietudes y demandas de la vida social.

El fundamento normativo del régimen municipal argentino tiene raíz constitucional. La Constitución, en sus arts. 5º y 123, reconoce el régimen municipal e impone a las provincias el deber de instrumentarlo en sus textos constitucionales.

Como el art. 123 de la Ley Fundamental alude a la autonomía municipal, un sector importante de nuestra doctrina considera que se trata de entidades que, al margen de su autarquía, disfrutan de los atributos propios de los organismos autónomos.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de ciertos principios esbozados por la Corte Suprema de Justicia(20), entendemos que los municipios carecen de un poder autónomo originario reservado por la Constitución a las provincias. Solamente poseen una autonomía derivada o una autarquía originaria, impuesta por la Ley Fundamental, cuyo ejercicio está organizado por las constituciones provinciales y sujeto al control de las legislaturas de cada provincia. Son entidades administrativas autárquicas y entidades políticamente dotadas de un poder autónomo derivado del que, originariamente, tienen las provincias.

Entre ellos se encuentran los impuestos, tasas y contribuciones que pueden establecer como consecuencia de una expresa autorización legal. Los municipios pueden destinar al cumplimiento de sus fines los recursos fiscales que provengan de normas expresas provinciales que los establezcan, ya sea en forma directa o indirecta. Directa cuando la ley establece el gravamen, facultando a los municipios para proceder a su recaudación. Indirecta, cuando la ley faculta a los municipios para establecer gravámenes precisando el contenido de las normas que ellos dicten(21).

Si bien la organización de la conformación política de los municipios corresponde a las provincias, como también la determinación de sus autoridades y mandatos, no es viable por una ley local alterar los mandatos y las fechas electorales previstos en la organización municipal. La Corte sostuvo que las normas provinciales que acortaban los mandatos de las autoridades municipales, como aquellas que regulaban la elección de sus sucesores, eran inconstitucionales porque importaban la asunción de atribuciones que habían sido asignadas, exclusivamente, a los titulares de los departamentos ejecutivos municipales, cual era la convocatoria a elecciones. La irreversibilidad de los requisitos impuestos por la legislación provincial para la elección de sus autoridades no es aplicable cuando tales normas vulneran la autonomía municipal(22) .

Las constituciones provinciales, al organizar el régimen municipal, pueden ampliar o restringir el nivel autonómico de las comunas, sin privar a los municipios de las atribuciones mínimas e indispensables para que puedan concretar su cometido. Ese fue el criterio adoptado por la Corte Suprema en el caso "Rivademar"(23) .

Tales principios se proyectan sobre la distribución del ejercicio del poder de policía entre las provincias y los municipios. Como regla general, el poder de policía incumbe a la provincia, salvo en aquellos casos en que se confiere a los municipios o cuando, a falta de previsión específica, su ejercicio está destinado a satisfacer una imperiosa necesidad de carácter local.

Sobre el particular resulta decisiva la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Cadegua"(24) . Por unanimidad, los jueces que la integran compartieron las consideraciones expuestas por el procurador general. Conforme a ellas, "el ejercicio del poder de policía en materia de juegos de azar no es originario, natural y propio de los municipios, sino antes bien, es una potestad reservada por la Constitución Nacional a las provincias".

#### 146. Régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires

Antes de la reforma de 1994, la Constitución no tenía referencia alguna a la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, en su versión originaria de 1853, el art. 3º disponía que Buenos Aires era la ciudad capital de la Confederación donde tenía su asiento el Gobierno federal.

Esa disposición, a raíz de la reforma de 1860, fue dejada sin efecto. Se estableció, tal como lo prescribe el actual art. 3º de la Ley Fundamental, que el Gobierno federal residiría en la ciudad que, por ley especial del Congreso, se declare capital de la República.

Esa ley, la 1029, fue sancionada el 21/9/1880 y el 26 de noviembre de ese año la legislatura de la provincia de Buenos Aires hizo efectiva la correspondiente cesión territorial.

Si bien la Ciudad de Buenos Aires no estaba mencionada en la Constitución, disfrutó de una posición jurídica constitucional especial por haber sido declarada capital de la Nación. No por tratarse de la Ciudad de Buenos Aires, sino por ser

capital de la República que, como tal, se beneficiaba con la situación particular que para esta última prevé la Constitución.

Con la reforma de 1994 la situación jurídico-constitucional de la Ciudad de Buenos Aires varió sustancialmente. La norma que regula esa situación es el art. 129 de la Ley Fundamental.

A este artículo se añade la disposición transitoria 7ª, que dice: "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". Se trata de las atribuciones que contempla la ley que garantiza los intereses del Estado nacional y cuya vigencia subsiste mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

Con la reforma constitucional de 1994 la ciudad de Buenos Aires adquirió una autonomía política similar, aunque no igual, a la de las provincias. No se encuentra en un rango constitucional igual al reconocido a las provincias, porque su autonomía no es originaria sino derivada. No se trata de una de las entidades preexistentes a la Constitución que cita su art. 121, sino de una creación de esta última. Por ende, Buenos Aires no conserva los poderes que no hubiera transferido a la Nación, como en el caso de las provincias, sino que tiene sólo aquellos atributos que le confiere la Constitución.

En su calidad de ciudad autónoma, Buenos Aires está representada en la Cámara de Senadores y su población en la Cámara de Diputados. Conforme lo establecen los arts. 45 y 54 de la Constitución, esa representación no depende de su actual carácter de ciudad capital de la República. Si, en alguna oportunidad, se decide trasladar la capital, Buenos Aires conservará esa representación y, a ella, se añadirá la correspondiente a la nueva ciudad capital en la Cámara de Diputados, aunque no en la Cámara de Senadores.

En ejercicio de su autonomía política, con la consiguiente potestad de autorregulación normativa, Buenos Aires disfruta de un poder constituyente de segundo grado. Mediante él, está facultada para dictar un Estatuto Organizativo cuya jerarquía jurídica es igual a la de las constituciones provinciales. Su contenido solamente debe adecuarse a las disposiciones de la Constitución Nacional y corresponde al Poder Judicial verificar su validez en cada caso concreto mediante el ejercicio del control de constitucionalidad.

El art. 129 de la Ley Fundamental dispone que la autonomía política otorgada a Buenos Aires comprende la organización y el funcionamiento de sus propios órganos legislativo, ejecutivo y judicial. La conformación y las potestades de tales órganos son establecidas por el Estatuto Organizativo con una salvedad: la elección del titular del órgano ejecutivo debe ser realizada en forma directa por la población de la Ciudad.

El Estatuto de la Ciudad de Buenos Aires fue sancionado el 1/10/1996. Consta de 140 artículos, en los cuales se regulan los principios fundamentales que rigen las relaciones privadas, las relaciones entre los particulares y el gobierno local, la

organización de los órganos gubernamentales y los sistemas electorales para la cobertura de los cargos del gobierno.

El órgano legislativo es una Legislatura unicameral cuyos miembros son sesenta diputados, aunque su número puede ser aumentado por ley de manera proporcional al incremento de la población (art. 68). El mandato de los diputados es de cuatro años y la Legislatura se renueva por mitades cada dos años (art. 69), conforme al sistema electoral proporcional de voto directo no acumulativo que establezca la ley local. Si no se sancionara esa ley por la mayoría de los dos tercios de los miembros de la Legislatura, entendemos que será aplicable el sistema electoral vigente para la elección de los diputados nacionales.

Es viable la reelección inmediata de los legisladores para un nuevo período de cuatro años pero, en tal caso, para poder ser nuevamente electo para un tercer período es necesario que transcurra un intervalo de igual lapso.

Sus atribuciones de índole legislativa son amplias y abarcan la generalidad de las materias que pueden ser reguladas por las legislaturas de las provincias.

El órgano ejecutivo es ejercido por el jefe de Gobierno. Su elección se concreta en forma directa por el voto de la mayoría absoluta de los ciudadanos, con exclusión de los votos en blanco y anulados. Si después de la primera elección ningún candidato obtiene la mayoría absoluta de votos, dentro de los treinta días se realizará un nuevo acto electoral con la participación de los dos candidatos que obtuvieron mayor número de votos. La elección se hace por fórmula integrada por candidatos a los cargos de jefe y vicejefe de gobierno (art. 96).

El órgano judicial está compuesto por el Tribunal Superior de Justicia, los tribunales que se establezcan por ley, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público (art. 107). El Tribunal Superior está formado por cinco jueces nombrados por el jefe de Gobierno con acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. Para integrar el tribunal se requiere ser argentino, haber cumplido treinta años de edad, ser abogado con ocho años de graduado y ser natural de la Ciudad o con una residencia inmediata en ella no inferior a cinco años (arts. 111 y 112).

El Estatuto, al igual que la Constitución Nacional, contiene formas semidirectas de democracia. Regula el derecho de iniciativa (art. 64), la consulta popular obligatoria a la cual denomina referéndum obligatorio (art. 65) y la consulta popular no vinculante (art. 66).

El art. 67 del Estatuto incorpora una forma de democracia semidirecta relativamente novedosa en nuestro derecho constitucional. Se trata de la revocatoria, que es el derecho político reconocido a los ciudadanos para decidir por votación popular la destitución de un gobernante, siempre que hayan transcurrido doce meses de su asunción al cargo y resten más de seis meses para el cese.

El Estatuto Organizativo puede ser reformado en forma total o parcial. La función preconstituyente la ejerce la Legislatura, que declara la necesidad de la reforma mediante una ley aprobada por los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

En la ley que declara la necesidad de la reforma, que no puede ser objeto de veto por el Poder Ejecutivo, deben estar individualizados, de manera expresa y taxativa, los artículos a reformar, la fecha en que serán elegidos los miembros de la convención reformadora y el plazo de duración de ella. Una vez agotado el ejercicio de la función preconstituyente, se procederá a convocar una Convención especial para que reforme el Estatuto (art. 60). Esa Convención especial, a igual que la Convención reformadora que prevé el art. 30 de la Constitución Nacional, puede rechazar, total o parcialmente, las propuestas de reforma presentadas por la Legislatura.

En materia de facultades legislativas, y como regla general, la Ciudad de Buenos Aires posee todas aquellas que son ejercidas por las provincias.

Sin embargo, como ya dijimos, a la Ciudad de Buenos Aires no le es aplicable la cláusula del art. 121 de la Constitución. Mientras que las provincias conservan todas las potestades que no transfirieron al Estado nacional, la Ciudad de Buenos Aires solamente tiene los atributos que le confiere la Constitución, como consecuencia de su autonomía derivada y no originaria.

Pero, y aunque no resulte expresamente de la Constitución, la ley convenio en materia impositiva que regula el art. 75, inc. 2º, de la Ley Fundamental, debería requerir del acuerdo entre la Nación y la Ciudad de Buenos Aires. Esto es así porque Buenos Aires debe tener participación directa en la distribución de los recursos impositivos que se realice entre ella, las provincias y la Nación. Además, porque toda transferencia de competencias, servicios o funciones, con la correspondiente reasignación de recursos, debe ser aprobada por ley del Congreso y de la Legislatura de Buenos Aires cuando afecte sus intereses.

Otro tanto acontece con las facultades residuales emanadas del art. 75, inc. 12, de la Constitución, cuyo ejercicio incumbe a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires.

Sin embargo, la Ciudad de Buenos Aires no puede participar en la creación de las regiones previstas en el art. 124 de la Constitución, sino bajo las condiciones que establezca por ley el Congreso. Tampoco le correspondería el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, aunque puede quedar a su cargo la correspondiente explotación y administración conforme lo establezca por ley el Congreso.

La Ciudad de Buenos Aires no está facultada para celebrar los tratados parciales que menciona el art. 125 de la Constitución, pero puede ser autorizada por ley del Congreso.

Se plantea una situación particular con la subsistencia de la estructura de la justicia nacional con sede en la Ciudad de Buenos Aires. La autonomía

jurisdiccional concedida por el art. 129 de la Constitución conllevaría la potestad de organizar su propio Poder Judicial. Tal circunstancia determina que, a falta de previsión normativa en el Estatuto Organizativo o en la ley que garantiza los intereses del Estado nacional, mientras Buenos Aires sea la ciudad capital de la Nación, los magistrados de la justicia nacional cesarían en sus funciones o pasarían a ejercerlas en comisión.

Tal solución, que acarrearía el alejamiento de la función judicial de numerosos magistrados que presentan una dilatada y destacada actuación en sus respectivos fueros, puede provocar una grave perturbación en la actividad jurisdiccional. Por tal razón, la ley 24.588 dispuso mantener la jurisdicción y competencia de la justicia ordinaria en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.

Asimismo, y también para evitar esa anomalía, fue sancionada la cláusula transitoria 13 del Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires, que establece que cuando se disponga que la justicia ordinaria de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces, el Gobierno local podrá convenir con el Gobierno federal que los jueces nacionales sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad conservando su inamovilidad y jerarquía. En tales casos, los ex jueces nacionales sólo podrían ser removidos por los procedimientos y jurados previstos en la Constitución nacional. De todas maneras, el traspaso de los ex jueces nacionales al Poder Judicial local requiere la conformidad de los interesados.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció por la competencia de los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires en materia de contravenciones establecidas por una ley nacional que le había otorgado competencia a la jurisdicción nacional. Ello aconteció con la ley 24.789, sancionada con posterioridad a la ley 24.588 que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN). La Corte consideró que, como al tiempo de ser sancionada la ley 24.789 no estaba organizada la jurisdicción contravencional de Buenos Aires, resultaba razonable prever la competencia de los órganos judiciales de la Nación. Pero, una vez concluida esa organización, el juzgamiento de las contravenciones correspondía a los tribunales locales debido a la expresa disposición en tal sentido que contiene la ley 24.588(25) .

La Corte Suprema tiene resuelto que los conflictos de competencia que se presentan entre los jueces federales y los de la Ciudad de Buenos Aires en materia de juegos de azar deben ser resueltos a favor de los primeros, no solamente porque se debate la validez y la constitucionalidad de normas federales sino también porque, en el caso concreto, el Hipódromo Argentino de Palermo es un establecimiento en el cual se practica una actividad declarada de interés nacional que, como tal y conforme a la ley 24.588, queda sometido a la jurisdicción federal(26) . También consideró que como el ámbito del Puerto de la Ciudad de Buenos Aires es un espacio territorial sujeto a la jurisdicción federal, el ejercicio del poder de policía respecto de los juegos de azar que se desarrollan en ese lugar corresponde al Estado nacional a través de sus organismos pertinentes.

La plenitud de la autonomía establecida por el art. 129 de la Constitución, con sus limitaciones constitucionales, solamente se concretará cuando la Ciudad de Buenos Aires deje de ser capital de la República. Mientras tanto, las disposiciones del Estatuto Organizativo quedan subordinadas, no solamente a la Constitución nacional, sino también a la ley que garantice los intereses del Estado nacional y cuya vigencia prevé el art. 129 de la Ley Fundamental. Las cláusulas del Estatuto que se opongan a esa ley no serán nulas. Simplemente, su aplicación quedará suspendida hasta tanto se modifique la Ley de Garantías o Buenos Aires deje de ser capital de la Nación.

El propósito de esa ley es el de tornar posible la convivencia armónica de dos autoridades políticas en un mismo ámbito territorial; las autoridades de la Nación y las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Esa ley limita la autonomía de Buenos Aires, al estar ubicada, jerárquicamente, en un rango superior al Estatuto Organizativo.

La ley que garantiza los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires fue sancionada el 8/1/1995 y lleva el número 24.588.

La ley 26.288, sancionada el 22/8/2007, sustituyó el art. 7º de la ley 24.588. En su texto derogado, la norma disponía que la Nación continuaría ejerciendo en la Ciudad de Buenos Aires su competencia en materia de seguridad y protección de las personas y bienes y que, en su ámbito, la Policía Federal cumpliría esas funciones. Asimismo ella sería la policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la Ciudad. Aunque, como dependía —y depende— del Poder Ejecutivo nacional, las órdenes que le impartieran las autoridades locales podían ser desautorizadas por el Gobierno nacional. De todos modos, para evitar enfrentamientos, el art. 7º preveía la celebración de convenios entre las autoridades de la Nación y la Ciudad de Buenos Aires.

La ley 26.288 establece que las facultades de seguridad que ejerciera el Gobierno nacional en la Ciudad de Buenos Aires serán las necesarias "para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales". A su vez, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tendrá a su cargo las funciones y facultades de seguridad en las materias no federales y que, hasta que las asuma, proseguirán a cargo del Gobierno nacional.

Sin embargo, el art. 2º de la ley 26.288 establece que, una vez que el Gobierno nacional defina las estructuras necesarias para garantizar sus competencias federales, celebrará con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires los convenios necesarios para hacer efectivo el nuevo régimen local.

Tales convenios, que son los previstos en el art. 6º de la ley 24.588, se refieren a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes. En otras palabras, la transferencia a la Ciudad de Buenos Aires de los servicios de seguridad debe ser acompañada por las correspondientes partidas presupuestarias, competencias y personal que actualmente detenta el Gobierno nacional.

147. Estructura del gobierno



El gobierno está constituido por el órgano o conjunto de órganos a los cuales se atribuye el ejercicio del poder soberano de una organización política global de la sociedad.

La manifestación del poder del Estado se concreta mediante su ejercicio por el gobierno. Así como la organización global es la titular del poder político, el gobierno lo es en cuanto a su ejercicio. De modo que el gobierno es la entidad por cuyo intermedio se exterioriza el poder de la organización política global a través de la formulación, expresión y realización de la voluntad estatal.

El concepto de gobierno, como fenómeno político, sinónimo de autoridad y factor desencadenante de la relación de mando y obediencia institucionalizada, puede ser restrictivo o amplio.

Su conformación restrictiva se limita a describir la estructura de los órganos del gobierno y la forma en que los individuos acceden a los cargos gubernamentales. Ese contenido estricto es el que caracteriza a las clásicas definiciones de la forma de gobierno donde, según que el poder fuera ejercido por una persona, un grupo de personas o por la mayoría de los integrantes de la sociedad, se distinguía a la monarquía o tiranía de la aristocracia u oligarquía y de la democracia o demagogia.

La estructuración clásica de las formas de gobierno es, esencialmente, de tipo formal. Se limita a describir la composición del gobierno y si existe una centralización o descentralización del poder en cuanto a su ejercicio.

Cuando a la concepción clásica se le añade el análisis de las relaciones que se producen entre el gobierno y los destinatarios del poder, el criterio restrictivo se amplía para dar cabida al concepto del régimen político.

El análisis del régimen político no se limita a la estructuración del gobierno y de las relaciones que se producen entre los órganos que lo integran, sino que se proyecta sobre el estudio de la relación de mando y obediencia que se opera entre el gobierno y los habitantes del Estado.

Uno de los aportes más importantes suministrados por el estudio de los regímenes políticos consiste en el análisis comparativo entre el orden constitucional y el orden político, entre la ley y la realidad.

El estudio comparativo entre el orden constitucional y el orden político permite verificar, en el ámbito de la unidad de análisis que es el Estado, la concordancia o discordancia entre ambos factores, la relación entre el deber ser y el ser. Las conclusiones posibilitan, con relativa precisión, la tipificación del régimen político objeto de estudio.

En rigor, y a la luz de un enfoque empírico, es imposible que se presente una concordancia absoluta entre el orden constitucional y el orden político. Siempre se advertirá cierto margen de distorsión porque el dinamismo de la vida política puede conducir, en mayor o menor grado, al incumplimiento de la ley. El grado de distorsión permitirá verificar, en cada caso concreto, cuál será la tipificación real que corresponde asignar a un régimen político porque, al margen de las normas

legales, lo que interesa es conocer la realidad. Es así que un régimen jurídicamente democrático puede configurar una autocracia y, por el contrario, un régimen formalmente autocrático puede aproximarse en la realidad a una democracia. Se trata, en ambos casos, de una situación que caracteriza a los regímenes en transición. Ya sea hacia el autoritarismo o a la democracia.

El concepto de sistema político es más amplio que el de régimen político. Abarca tanto al concepto clásico del gobierno como a los elementos que conforman el régimen político. Pero a ellos se añade el conocimiento sobre la idea política dominante que impera en una sociedad y que determina su cultura política, así como también la gravitación que ella tiene sobre el pluralismo social, sobre el control social del gobierno, su eventual recepción legal y si es aceptada total o parcialmente por el gobierno.

El análisis de la idea política dominante, ya sea personalista o transpersonalista, resulta fundamental para el conocimiento y la tipificación de los sistemas políticos. Sin embargo, su consideración no debe excluir los elementos formales, jurídicos y de relación social que se utilizan para el estudio de las formas de gobierno y los regímenes políticos. Esa exclusión, propiciada implícitamente por los precursores de la concepción sistemática de la política, conduce a insertar el estudio de los sistemas políticos en un ámbito abstracto de la Ciencia Política sin conexión alguna con los estudios propios del Derecho Constitucional y pese a que este último integra aquella disciplina científica.

Es evidente que todo sistema político responde a una idea política dominante. A una idea personalista cuya meta inmediata y mediata es la libertad y dignidad de la persona, o a una idea transpersonalista donde aquellos valores, en una escala axiológica, están subordinados al Estado, la nación, la raza, una religión o a la figura carismática del autócrata.

También es cierto que ella es la causa que genera las instituciones y la organización gubernamental. Asimismo, cabe admitir que una idea política dominante de tipo personalista puede estar presente en diversas formas de gobierno y otro tanto acontece con una idea política dominante transpersonalista.

El constitucionalismo democrático originado por la primera se puede traducir en un gobierno republicano, en una monarquía constitucional, en un régimen presidencialista o parlamentario y hasta en formas directas o semidirectas de democracia. Pero, en todas ellas, habrá pluralismo y control social.

A su vez, la autocracia originada por la segunda de tales ideas dominantes usualmente desemboca en formas de gobierno tales como la monarquía absoluta, la república oligárquica, gobiernos de partido único, dictaduras personales, en el neopresidencialismo sudamericano y hasta en gobiernos de asamblea carentes de pluralismo.

Con esa salvedad, coincidimos en definir al sistema político como el conjunto de ideas dominantes, normas, valores, principios, conductas y factores que determinan cierto tipo de organización política y de convivencia social.

#### 148. Estructura del gobierno nacional

El art. 1º de la Constitución dispone que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal.

Las formas representativa y republicana son modalidades propias de una estructura gubernamental. En cambio, no acontece lo propio con el federalismo, pues tipifica a una especie de Estado con descentralización política, pero no a un gobierno. Se trata de una conclusión formulada por la Ciencia Política en el curso del siglo XX, con motivo de las investigaciones desarrolladas para precisar las tipologías de las organizaciones políticas globales y de los regímenes o sistemas políticos.

Nuestros constituyentes, recogiendo la confusa terminología científica imperante al tiempo de ser sancionada la Constitución, asignaron carácter federal al gobierno cuando, en rigor, es una cualidad correspondiente a la forma de Estado que adoptaron. De manera que todas las referencias que encontramos en la Ley Fundamental sobre el gobierno federal aluden al gobierno del Estado federal y no a una característica específica del gobierno en orden a su tipificación. Es que, en todo Estado federal siempre habrá un gobierno federal cuya denominación es consecuencia de la estructuración federal asignada al Estado.

Al margen del art. 1º, en varias disposiciones de la Constitución y de su Preámbulo se incorporan aquellas cualidades atinentes a la forma de gobierno adoptada. Así, en el Preámbulo los constituyentes invocan la representación del pueblo de la Nación Argentina y el mandato, de igual naturaleza, que les impartieron las provincias.

En el art. 5º de la Ley Fundamental se impone a las provincias el deber de sancionar constituciones bajo el sistema representativo y republicano de acuerdo con los contenidos establecidos en la Constitución Nacional. Entre otros, la publicidad de los actos de gobierno, la periodicidad en los cargos electivos, la responsabilidad de los funcionarios públicos, el reconocimiento de los derechos humanos y las técnicas forjadas por el movimiento constitucionalista para evitar la concentración del poder y su ejercicio abusivo.

Los arts. 15 y 16, al prohibir la esclavitud, las prerrogativas de sangre o nacimiento, los fueros personales y títulos nobiliarios, y al establecer el principio de igualdad ante la ley para todos los habitantes del país, proclamaron principios propios de una forma republicana de gobierno.

El art. 22 dispone que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes. Establece, así, el principio general del gobierno representativo que admite solamente las dos excepciones incorporadas por la reforma constitucional de 1994, que son las formas semidirectas del derecho de iniciativa y la consulta popular (arts. 39 y 40).

El art. 29 prohíbe concentrar el poder en el órgano ejecutivo del gobierno y en otorgarle facultades extraordinarias que desnaturalizan el esquema de la separación de las funciones gubernamentales propio de una república.

El art. 33 dispone que las declaraciones, derechos y garantías citadas en la Constitución no importan la negación de otras no enunciadas pero que integran la forma republicana de gobierno.

En el art. 36, incorporado con la reforma constitucional de 1994, se alude al sistema democrático que deberá regir en el país y en el art. 38 de igual origen se reitera la vigencia de ese sistema y su inserción en la organización interna de los partidos políticos.

Si nos adecuamos a la terminología política imperante en la actualidad, no cabe duda de que la forma de gobierno adoptada por la Constitución se traduce en un sistema político democrático o, en todo caso, para distinguirlo de las democracias populistas o autoritarias, en un sistema democrático constitucional. Sin embargo, los constituyentes de 1853/60 se abstuvieron de insertar la palabra "democracia" en el texto constitucional.

#### 149. Gobierno representativo

Como recién se mencionó, el art. 1º de la Constitución establece que la forma de gobierno adoptada es la representativa, al tiempo que el art. 22 añade que el pueblo no gobierna ni delibera políticamente por sí mismo, sino a través de sus representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental.

Quienes asumen esa representación y ejercen los cargos gubernamentales son aquellas personas que, como consecuencia de un acto electoral, ya sea en forma directa o indirecta, resultan nominadas por la ciudadanía. Tal es, por otra parte, lo que describe el Preámbulo de la Constitución con respecto a la representación y mandato conferidas a los convencionales constituyentes que sancionaron la Ley Fundamental de 1853/60, con la salvedad referente a su designación por las provincias.

El Gobierno nacional está integrado por tres órganos cuyos miembros son elegidos, reciben un mandato y ejercen una representación.

Los diputados, que conforman una de las cámaras del Congreso, son elegidos en forma directa por el cuerpo electoral compuesto por todos aquellos ciudadanos que ejecutan positivamente el acto político del voto (art. 45). Los senadores, que forman la restante cámara del Congreso, también son elegidos de manera directa en cada provincia y la ciudad de Buenos Aires (art. 54).

Similar mecanismo se aplica para elegir directamente al titular del órgano ejecutivo mediante la función del sufragio que aplica el cuerpo electoral (art. 94).

En cuanto a los magistrados judiciales, que integran el órgano judicial del gobierno, su elección es indirecta ya que la concreta el presidente de la República con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4º), en ejercicio de la representación que les

conferió la ciudadanía. De modo que también los jueces son elegidos en última instancia por los ciudadanos, quienes les confieren un mandato político para ejercer la función jurisdiccional del gobierno en su representación.

Estos órganos son, en principio y con las excepciones contempladas por los arts. 39 y 40 de la Ley Fundamental, los únicos que ejercen la función gubernamental sin participación directa de los ciudadanos en la formulación de la voluntad estatal. De manera que los gobernantes son elegidos por los ciudadanos que integran el cuerpo electoral, gobiernan en nombre de ellos sobre la base de la representación que les fue conferida y son responsables políticamente ante el conjunto de los ciudadanos por sus actos de gobierno.

El fenómeno de la representación es de naturaleza política y no jurídica. El mandato de un gobernante no es el que regula la legislación en el ámbito de las relaciones privadas. Por ende, el gobernante representa a toda la sociedad y debe ejercer su mandato político para satisfacer plenamente los intereses generales o el bien común, con prescindencia de los intereses particulares de las personas o grupos sociales que propiciaron su candidatura o participaron con los votos a su elección.

Constituye un grave error confundir la representación política y el mandato político con la representación jurídica y el mandato previsto por el derecho privado. Esa confusión puede conducir a sostener que los ciudadanos no participan en el gobierno, cuando en realidad lo hacen por intermedio de sus mandatarios políticos, o afirmar que la representación es una ficción y que el pueblo no gobierna, cuando en rigor lo hace a través de los representantes que elige.

El mandato representativo que establece la Constitución es libre y no imperativo. Esa libertad le otorga al gobernante, mientras dure su mandato, absoluta independencia ante los electores y agrupaciones políticas. Determina, asimismo, que la pertenencia del cargo de legislador, titular del órgano ejecutivo o de juez, corresponde a la persona elegida y no a los partidos políticos o personas que contribuyeron a su elección.

#### 150. Formas semidirectas de democracia

Las formas semidirectas de democracia son mecanismos complementarios en un sistema representativo de gobierno, como el que prevé el art. 1º de la Constitución, y que le asignan al pueblo una participación inmediata en la formulación de ciertos actos gubernamentales y en la determinación de la voluntad del Estado.

Se trata de técnicas con las cuales se requiere la intervención del pueblo, representado a su vez por el cuerpo electoral, para que mediante el ejercicio del sufragio adopte decisiones gubernamentales sobre actos políticos, constituyentes, legislativos, administrativos o de índole judicial que, normalmente, deben emanar de los órganos ordinarios o extraordinarios de un gobierno representativo.

Estos procedimientos, de raíz parlamentaria, están regulados en varias Constituciones europeas y americanas y fueron incorporados también por algunos sistemas presidencialistas.

Los contenidos y características de las formas semidirectas son amplios y variables. Las más conocidas son el plebiscito, el referéndum o consulta popular, la iniciativa y la revocatoria.

El plebiscito consiste en el pronunciamiento que emite el pueblo sobre la viabilidad de ciertos actos políticos fundamentales para la organización del gobierno o del Estado.

El referéndum o consulta popular es la potestad conferida al pueblo para ratificar o rechazar actos o proyectos de actos del gobierno. Puede recaer sobre actos constituyentes, legislativos, ejecutivos y judiciales.

La iniciativa es la facultad otorgada a un determinado número de ciudadanos para imponer la aplicación del referéndum o el tratamiento de un proyecto de acto constituyente, legislativo, ejecutivo y judicial, por los órganos competentes del gobierno.

La revocatoria es el derecho político reconocido al pueblo para decidir, por votación popular mayoritaria, la destitución de un gobernante o la abrogación de un acto de gobierno, cualquiera sea su naturaleza.

Son varias las bondades teóricas y los defectos prácticos que presentan estos mecanismos, en especial el plebiscito. Su inserción en las constituciones europeas sancionadas después de la Primera Guerra Mundial respondió al propósito teorizante de consolidar las nuevas democracias mediante una intervención más activa y directa del cuerpo electoral. Sin embargo, no se le asignó la debida importancia a las experiencias resultantes de los plebiscitos constitucionales impuestos en Francia por Napoleón I (1799, 1802 y 1804) y por Napoleón III (1851, 1852 y 1870).

El excesivo optimismo o la ingenuidad de sus autores —a quienes Niceto Alcalá Zamora imputó el vicio de haber sido más cultos que sabios y más sabios que prudentes— les impidió prever las funestas consecuencias de tal mecanismo, que fue herramienta decisiva para el surgimiento de regímenes totalitarios en varios países europeos, algunos de los cuales condujeron a la humanidad a una de las etapas más nefastas de su historia.

Fueron elecciones plebiscitarias las que concedieron un poder absoluto a Mussolini en Italia (1922) y a Hitler en Alemania (1932 y 1933). El plebiscito constitucional de 1933 consolidó el autoritarismo de Oliveira Salazar en Portugal. Las elecciones plebiscitarias y fraudulentas realizadas en Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia y Rumania avalaron la instalación de las autocracias comunistas impuestas por la entonces Unión Soviética. También, por ley del 22/10/1945, el franquismo introdujo esa técnica en España.

Estos resultados determinaron que en las Constituciones europeas posteriores a 1945 que implantaron sistemas democrático-constitucionales fueran limitadas considerablemente las técnicas de democracia semidirecta.

Los constituyentes argentinos de 1853/60 tenían pleno conocimiento de las formas semidirectas de democracia. Muchos de ellos las habían padecido en carne propia, con motivo del plebiscito consultivo de 1835 que confirmó la concesión, a Juan Manuel de Rosas, de la suma del poder público. En esa especie de consulta popular votaron 9326 vecinos, de los cuales solamente cuatro se pronunciaron contra el otorgamiento de tales potestades: Juan Bosch, Juan Escobar, Gervasio Espinosa y Jacinto Rodríguez Peña.

Seguramente esa experiencia y sus secuelas dolorosas para una vida en libertad impulsaron a los constituyentes de 1853/60 a descalificar las formas semidirectas de democracia, en razón de lo cual establecieron una forma de gobierno republicana y representativa (art. 1º CN) y dispusieron categóricamente que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución (art. 22 CN).

Los convencionales de 1994, deslumbrados por el parlamentarismo europeo y en particular por el español, se apartaron de estos antecedentes nacionales, optaron por seguir el temperamento prudente adoptado por algunas constituciones parlamentarias europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, e incorporaron, en los arts. 39 y 40 de la Ley Fundamental, el derecho de iniciativa y la consulta popular.

Es importante señalar que las formas de democracia semidirecta incorporadas en los arts. 39 y 40 de la Constitución no alteran el principio general del gobierno representativo establecido por sus arts. 1º y 22. Son excepciones constitucionales al gobierno representativo que, como tales, son de interpretación restrictiva.

#### 151. Derecho de iniciativa

El art. 39 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el ejercicio del derecho de iniciativa sujeto a las condiciones siguientes:

- 1) Solamente puede consistir en la presentación de proyectos de leyes.
- 2) Tales proyectos deben ser presentados únicamente ante la cámara de Diputados que actuará, necesariamente, como cámara de origen.
- 3) Los proyectos de ley generados por la iniciativa popular no pueden versar sobre temas atinentes a la reforma constitucional, a los tratados internacionales, a los tributos, al presupuesto y a la materia penal.
- 4) Consideramos que tampoco pueden ser objeto del derecho de iniciativa aquellos proyectos de ley que solamente pueden ser aprobados por mayorías especiales fijadas por la Constitución, así como tampoco aquellos proyectos para los cuales la cámara de origen es el Senado. Tales serían, entre otras hipótesis, la ley reglamentaria de la Auditoría General de la Nación (art. 85), la ley especial que

regula los alcances y el trámite de la intervención del Congreso cuando el presidente de la Nación dicta decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º) y la ley especial que regula el Consejo de la Magistratura (art. 114). En todos estos casos la Constitución exige que los proyectos de ley sean aprobados por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara del Congreso. Otro tanto acontece con la aprobación de la ley convenio prevista en el art. 75, inc. 2º, párrafo cuarto, de la Constitución, no solamente porque se exige una mayoría igual a la de los casos anteriores, sino también porque el Senado es la cámara de origen. De todas maneras, consideramos que las leyes convenio recaen sobre una materia impositiva, de las expresamente previstas en el art. 39 de la Ley Fundamental, que vedan la aplicación del derecho de iniciativa popular.

5) La inviabilidad de tratar proyectos de ley sobre reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, el presupuesto y la materia penal determina la exclusión de aquellas propuestas que contengan, de manera tangencial o secundaria, referencias sobre aquellas materias.

6) La presentación de proyectos de ley que, de manera general o tangencial, versen sobre materias vedadas por la Constitución, ya sea en forma expresa o implícita, no impide que la Cámara de Diputados o la propia Cámara de Senadores adopten como propia la sugerencia formulada por los ciudadanos y le asignen trámite legislativo. Sin embargo, en tal caso los ciudadanos no habrán ejercido el derecho de iniciativa, sino el derecho de peticionar a las autoridades previsto por el art. 14 de la Constitución.

7) Para el ejercicio del derecho de iniciativa es indispensable la sanción de una ley reglamentaria, ya que la cláusula del art. 39 no es operativa. Esa ley y toda modificación que se le introduzca deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros que componen cada una de las cámaras del Congreso. No será suficiente la mayoría de los miembros presentes, aunque se cumpla con el quórum del art. 64, si ella no coincide con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

8) La ley reglamentaria del derecho de iniciativa no puede exigir, para que sea vinculante el ejercicio de este último, un apoyo explícito mayor del 3% del padrón electoral nacional. Esto impone el deber de mantener actualizado el padrón electoral o, al menos, de establecer lapsos regulares y breves a los fines de su actualización.

9) La ley reglamentaria debe contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. Esto significa que esa ley puede obviar un porcentaje global del padrón nacional y tornar viable el ejercicio del derecho de iniciativa sobre la base de la obtención de ese porcentaje en algunos distritos. Pero si en un solo distrito se llegara a obtener el porcentaje mínimo del padrón nacional que establezca la ley reglamentaria, el ejercicio del derecho de iniciativa será vinculante para la Cámara de Diputados aunque, en los restantes distritos, las adhesiones sean ínfimas o carentes de significación.

10) Ejercido el derecho de iniciativa dando cumplimiento a las condiciones establecidas por la ley reglamentaria, la Cámara de Diputados debe dar curso al tratamiento del proyecto conforme a su reglamento interno y dentro del plazo de doce meses.

11) La obligación de suministrar un tratamiento expreso al proyecto generado por la iniciativa no significa que el Congreso tenga el deber de sancionarlo con fuerza de ley. Si es rechazado en su totalidad por la Cámara de Diputados, o por la Cámara de Senadores previa aprobación por la primera, quedará agotado su tratamiento (art. 81 CN). Además, tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores pueden introducir modificaciones al texto del proyecto presentado por la iniciativa. Es que, si pueden rechazarlo en su totalidad, no habrá reparos para que lo hagan en forma parcial con inserción de nuevas disposiciones en sustitución de las que fueron objetadas.

12) El proyecto de ley originado en la iniciativa y aprobado por ambas cámaras del Congreso puede ser objeto de veto total o parcial por el Poder Ejecutivo. En tal caso, se aplicará el procedimiento previsto por el art. 83 de la Constitución.

#### 152. Reglamentación del derecho de iniciativa

La ley 24.747, publicada el 24/12/1996, reglamentó el ejercicio del derecho de iniciativa.

Establece que la iniciativa requiere la firma de un número de ciudadanos no inferior al 1,5% del padrón electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y que representen, por lo menos, a seis distritos electorales. Asimismo, si la iniciativa es de interés regional, ese 1,5% se determinará sobre la base del padrón electoral que corresponda únicamente a las provincias que integren esa región. En este caso, no se requerirá la representación de seis distritos (art. 4º).

La iniciativa debe contener la petición redactada en forma de ley; una exposición de motivos; nombre y domicilio de los promotores de la iniciativa; detalle del origen de los recursos consumidos por los gastos realizados para formular la iniciativa; nombres, documentos, domicilios y firmas de los peticionarios (art. 5º).

Antes de ingresar el proyecto a la Cámara de Diputados, deberá ser presentado a la justicia nacional electoral para verificar la existencia y autenticidad de la firma de los peticionarios. A tal fin, dentro de un plazo de 20 días, que puede ser prorrogado por un lapso similar, el tribunal electoral efectuará esa verificación sobre la base de una muestra que no podrá ser inferior al 0,5% de las firmas presentadas. El juez puede ampliar la muestra, y es conveniente que así lo haga, si se constatan firmas adulteradas o el nombre de peticionarios inexistentes. De todas maneras, el proyecto objeto de la iniciativa será desestimado por la justicia electoral si se constatan aquellas irregularidades al menos en un 5% de la nómina de los peticionarios. En todos los casos, verificada la irregularidad, se procederá a deducir del número de los peticionarios para la determinación del porcentaje exigido por el art. 4º de la ley (art. 7º).

Presentada la iniciativa en la Cámara de Diputados, será remitida a su Comisión de Asuntos Constitucionales para que, en el plazo de 20 días hábiles, dictamine sobre la admisibilidad formal de la iniciativa. Las observaciones formales que realice esa Comisión deben ser corregidas o subsanadas por los promotores para dar curso a la iniciativa (art. 8º).

Admitido formalmente el proyecto de ley, que no puede versar sobre las materias vedadas por el art. 39 de la Constitución, y previo paso por la Comisión de Labor Parlamentaria que organiza las tareas internas de la Cámara de Diputados, el proyecto podrá ser remitido a sus comisiones competentes por razón de la materia para que se expidan sobre su contenido en el plazo de 15 días (arts. 5º y 10).

Vencido el plazo de 15 días, y aunque no exista dictamen de las comisiones, corresponderá el tratamiento del proyecto por la Cámara de Diputados dentro del plazo de 12 meses (art. 11). Aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados, el Senado se deberá expedir sobre él y, de ser aprobado, quedará sancionada la ley si la promulga el Poder Ejecutivo.

La ley no prevé cuáles son las consecuencias que acarrea la falta de tratamiento del proyecto. Entendemos que esa actitud debe ser interpretada como un rechazo al proyecto sin que sea viable acudir al órgano judicial para que obligue a las cámaras del Congreso a emitir un pronunciamiento expreso. Se trataría de una cuestión política insusceptible de control judicial.

Conforme al art. 39 de la Ley Fundamental, la eventual sustitución o modificación de la ley 24.747 solamente podrá ser concretada por decisión de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso.

#### 153. Consulta popular

El derecho a la iniciativa y la consulta popular son el anverso y reverso de una forma única de democracia semidirecta. La iniciativa es la facultad otorgada a un grupo de ciudadanos para requerir la producción de un acto gubernamental. En cambio, la consulta popular es la facultad otorgada al gobierno para requerir a los ciudadanos que produzcan un acto gubernamental o emitan su opinión sobre un proyecto o acto del gobierno.

El art. 40 de la Constitución prevé dos tipos de consulta popular: la vinculante, que sólo puede versar sobre materias legislativas, y la no vinculante, que puede recaer sobre materias de competencia del Congreso o del Poder Ejecutivo.

En ambos casos se impone necesariamente la convocatoria del cuerpo electoral para que los ciudadanos formulen su voto de aprobación o rechazo sobre el tema que somete a su consideración el gobierno.

La consulta popular vinculante u obligatoria presenta las siguientes características constitucionales:

1) Sólo puede ser convocada por ley del Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados. Al tener en cuenta el carácter excepcional de las formas de democracia

semidirecta en nuestro sistema representativo y la interpretación restrictiva en orden a la extensión de tales formas, entendemos que la convocatoria no puede ser efectuada por el Poder Ejecutivo mediante la emisión de un decreto de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, Constitución Nacional), ni como consecuencia de una delegación legislativa (art. 76, Constitución Nacional).

2) Necesariamente debe versar sobre un proyecto de ley que pueda tener origen en cualquiera de las cámaras del Congreso. No hay reparos para que la convocatoria se realice sobre un proyecto que ya tiene trámite congresual. Asimismo, aunque un proyecto de ley esté sujeto a la consideración y debate de la Cámara de Senadores del Congreso, la Cámara de Diputados puede promover la sanción de la ley de convocatoria a consulta popular sobre el contenido de aquel proyecto.

3) Tanto la ley de convocatoria a una consulta popular vinculante como la sanción de la ley por el voto afirmativo de los ciudadanos no pueden ser vetadas por el Poder Ejecutivo. El art. 40 lo establece expresamente para la ley de convocatoria, pero entendemos que el principio es extensible a la aprobación de la ley por el pueblo, porque el mismo art. 40 dispone que la sola aprobación del proyecto lo convierte en ley y que su promulgación será automática.

4) En la consulta popular vinculante, el voto es obligatorio para los ciudadanos con las características contempladas en el art. 37 de la Constitución.

5) La cláusula constitucional que establece la consulta popular vinculante no es operativa. La aplicación de esta forma semidirecta de democracia está condicionada a la previa sanción de una ley reglamentaria, que deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso. En esa ley serán previstos las materias, los procedimientos y la oportunidad de la consulta popular.

6) Al margen de lo que disponga la ley reglamentaria, entendemos que la consulta popular no puede ser aplicada en materia de reforma constitucional, de tratados internacionales, tributos, presupuesto y en materia penal. Son los temas que el art. 39 de la Ley Fundamental excluye para el ejercicio del derecho de iniciativa. A ellos se agregan todas aquellas materias cuya regulación legislativa requiere de mayorías especiales, y aquellas respecto de las cuales el Senado debe actuar como cámara de origen por mandato constitucional. Si bien, como consecuencia de una interpretación literal, el texto del art. 40 de la Constitución es permisivo, de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental y restrictiva de las formas semidirectas de democracia resulta la imposibilidad de incluir en el temario de una consulta popular aquellas cuestiones que, de manera expresa o implícita, no pueden ser objeto del derecho de iniciativa.

En cuanto a las características de la consulta popular no vinculante, son las siguientes:

1) Solamente puede ser convocada por ley del Congreso o decreto del Poder Ejecutivo.

2) Necesariamente debe versar sobre materias que son de competencia constitucional del órgano convocante. El presidente de la Nación no puede requerir una consulta popular sobre temas que son de competencia del Congreso o del Poder Judicial, ni el Congreso puede realizar la convocatoria para que la ciudadanía se expida sobre temas cuyo tratamiento la Constitución reserva a los órganos ejecutivo o judicial.

3) La ley de convocatoria a una consulta popular no vinculante sobre materias de competencia del órgano legislativo no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo.

4) En la consulta popular no vinculante, el voto no es obligatorio. Tampoco la decisión que adopte la ciudadanía es jurídicamente obligatoria para el órgano convocante.

5) Consideramos que, a falta de ley reglamentaria, si bien no es viable la convocatoria a una consulta popular vinculante, no acontece lo propio con la consulta carente de obligatoriedad. La cláusula constitucional que prevé este tipo de consulta es operativa.

6) La consulta popular no vinculante dispuesta por el Congreso solamente puede tener por objeto aquellas materias sobre las cuales se puede convocar a una consulta obligatoria.

7) La consulta popular no vinculante es una especie de encuesta oficial con la cual se recaba la opinión de la ciudadanía. Esa opinión, si bien carece de relevancia jurídica, fundamenta la legitimidad política del acto gubernamental que, eventualmente, la adopte mediante una ley o decreto según se trate del Congreso o del Poder Ejecutivo.

#### 154. Reglamentación de la consulta popular

La ley 25.432, sancionada el 23/5/2001, reglamentó la consulta popular.

Con respecto a la consulta popular vinculante establece que, por iniciativa de la Cámara de Diputados, el Congreso nacional puede someter a consulta todo proyecto de ley con excepción de aquellos que, conforme a la Ley Fundamental, requieran la intervención específica de una cámara de origen, o cuya sanción imponga la expresión de una mayoría calificada (art. 1º).

La ley de convocatoria debe ser tratada en una sesión especial y aprobada con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada una de las cámaras (art. 2º). Convocada la ciudadanía a una consulta popular vinculante, el voto es obligatorio (art. 3º).

La validez de la consulta popular queda supeditada a que emitan su voto no menos del 35% de los ciudadanos inscriptos en el padrón electoral (art. 4º). Consideramos que, si no se alcanza ese porcentaje, la convocatoria a una nueva consulta popular sobre el mismo tema requerirá la decisión en tal sentido del Congreso conforme al art. 2º de la ley.

Si el proyecto sometido a consulta popular vinculante obtiene la mayoría de los votos válidos afirmativos, se convierte automáticamente en ley y debe ser publicado en el Boletín Oficial dentro de los diez días hábiles posteriores a la aprobación del comicio por la autoridad electoral (art. 5º).

Si el proyecto obtiene un resultado negativo, no podrá ser tratado por el Congreso sino después de haber transcurrido dos años desde la realización de la consulta. Tampoco, durante ese lapso, se podrá repetir la consulta (art. 5º).

La consulta popular no vinculante puede recaer sobre cualquier asunto de interés general, con excepción de aquellos para los cuales la ley, en su art. 1º, no permite la consulta popular vinculante. En este caso, el voto de la ciudadanía no es obligatorio (art. 6º).

La convocatoria realizada por el Congreso puede ser requerida por cualquiera de las cámaras, previa aprobación por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada una de ellas (art. 7º).

Si un proyecto de ley sometido a consulta popular no vinculante obtiene el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos, deberá ser tratado por el Congreso y quedará incorporado al plan de labor parlamentaria de la Cámara de Diputados de la sesión siguiente a la fecha en que se proclama el resultado del comicio por la autoridad electoral (art. 8º).

Tanto en la consulta popular vinculante como en la no vinculante, la ley o decreto de convocatoria deben contener el texto completo del proyecto de ley o decisión política objeto de la consulta y detallar con precisión las preguntas que contestará el cuerpo electoral, de modo tal que las respuestas no admitan otra alternativa que un pronunciamiento afirmativo o negativo (art. 9º).

La consulta popular se debe efectuar en un plazo no inferior a 60 días y no superior a 120 días corridos desde la fecha de publicación de la ley o el decreto de convocatoria en el Boletín Oficial (art. 12), y el día para la realización de la consulta no podrá coincidir con otro acto electoral (art. 14).

#### 155. Las formas semidirectas y la reforma constitucional

¿Es viable aplicar el mecanismo de la consulta popular vinculante para concretar la reforma constitucional al margen del procedimiento previsto por el art. 30 de la Ley Fundamental?

Los arts. 6º y 7º de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional realizada en 1994, establecen categóricamente que son nulas, de nulidad absoluta, todas las modificaciones que se introdujeran en las declaraciones, derechos y garantías contenidas en el actual Capítulo Primero de la Primera Parte de la Constitución, que abarca desde el art. 1º al art. 35. De modo que toda reforma que se hubiera introducido al art. 30, en forma directa o indirecta, carece de validez. Asimismo, toda interpretación que se le pretenda asignar a las nuevas cláusulas constitucionales, y que desemboque en una alteración del significado tradicionalmente atribuido al art. 30, estará desprovista

de todo sustento jurídico por superar los límites fijados en la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

Si se llegara a someter a una consulta popular la decisión de reformar la Constitución, tal procedimiento estaría al margen de las prescripciones del art. 30 de la Constitución, porque el único órgano habilitado para ejercer la función constituyente es una convención integrada por los representantes del pueblo.

¿Es viable introducir el mecanismo de la consulta popular vinculante para el ejercicio de la función preconstituyente contemplada en el art. 30, sustituyendo o complementando el rol asignado al Congreso?

La respuesta a este interrogante quizá no resulte tan sencilla como en el caso anterior. Sin embargo, las dificultades se superan cuando el análisis jurídico se realiza con prescindencia de las opiniones y pasiones políticas que, muchas veces, impiden desarrollar una labor signada por la seriedad y objetividad que deben presidir toda labor científica. Labor esta última que otorga fundamentación racional a la seguridad jurídica.

El art. 30 de la Constitución dispone que la función preconstituyente la ejerce el Congreso, declarando la necesidad de la reforma por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Es conocido el debate doctrinario suscitado sobre si el ejercicio de la función preconstituyente se materializa mediante una declaración o una ley. Si aceptamos que se trata de una declaración, la consulta popular resulta inviable porque solamente se puede aplicar para sancionar leyes o rechazar proyectos de leyes, quedando excluida del ámbito de expresión de aquellos actos del Congreso que no son leyes.

Igual solución se impone si entendemos que la declaración de necesidad de la reforma constitucional se hace formalmente efectiva mediante la sanción de una ley, tal como aconteció siempre en nuestra práctica constitucional. En efecto, el art. 30 dice expresamente que la necesidad de la reforma debe ser evaluada y resuelta por el Congreso mediante un acto a través del cual se manifieste su voluntad. Si ese acto es una ley, será necesaria su sanción por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras. Habrá una ley sancionada que declare la necesidad de la reforma y no un proyecto de ley para declarar la necesidad de la reforma. Esto excluye la consulta popular, mediante la cual no es procedente ratificar o rectificar una ley, sino solamente un proyecto de ley.

No hay motivo razonable para incluir en la consulta popular aquello que constitucionalmente, y de manera expresa, está excluido de las materias sobre las cuales cabe ejercer la iniciativa. De modo que la consulta popular, al igual que la iniciativa, no son viables cuando su ejercicio recae sobre proyectos de leyes referentes a la reforma constitucional, a los tratados internacionales, cualquiera sea su especie, a tributos, al presupuesto o a la materia penal. Otro tanto sucede cuando se trata de materias en las cuales el Senado interviene como cámara de origen, porque esa prerrogativa sería desvirtuada a raíz de la iniciativa asignada a la Cámara de Diputados en los procedimientos de democracia semidirecta de los arts. 39 y 40.

Además, en todos aquellos casos en que la sanción de las leyes está condicionada a una mayoría especial, estimo que no es viable acudir a la iniciativa ni a la consulta popular. Ello como consecuencia de aquella interpretación restrictiva a que deben ser sometidas estas novedosas instituciones constitucionales en función de la cláusula del art. 22 de la Constitución.

#### 156. Gobierno republicano

La forma republicana de gobierno establecida por el art. 1º de la Constitución, en su acepción restrictiva que la distingue de los conceptos de régimen político y sistema político, significa que la titularidad del poder estatal, en orden a su ejercicio, corresponde a la sociedad, tanto respecto a la función constituyente, la legislativa, la ejecutiva, como la judicial. Pero su ejercicio efectivo, por obra de la representación política, corresponde a los diversos órganos del gobierno integrados por mandatarios de esa sociedad frente a la cual son responsables y a la que rendir cuentas de sus actos en forma políticamente institucional.

Una interpretación sistemática de la Constitución le asigna al gobierno republicano las características siguientes:

- 1) Quienes integran los órganos del gobierno han sido elegidos, directa o indirectamente, mediante el ejercicio del sufragio por el cuerpo electoral.
- 2) Para evitar la concentración del poder y su consecuente ejercicio abusivo, el gobierno está compuesto por una pluralidad de órganos, entre los cuales se distribuyen las funciones del poder. Tales órganos son el constituyente, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, quienes actuando en forma independiente, pero coordinada, expresan la voluntad del Estado.
- 3) La pluralidad de órganos se traduce en controles horizontales intraórgano e interórganos. Los primeros se manifiestan dentro de cada órgano del gobierno. Los segundos se traducen en las relaciones que se operan entre los órganos gubernamentales. A los controles horizontales se añaden los verticales que se expresan en las relaciones del gobierno con los factores sociales pluralistas, con órganos gubernamentales municipales, regionales y provinciales, y con el ejercicio por parte de la sociedad de sus libertades y garantías.
- 4) La fijación de límites precisos para el ejercicio del poder por parte de los gobernantes (arts. 19 y 28 CN), mediante la sanción de una Ley Fundamental y normas reglamentarias que preservan las libertades individuales y los derechos sociales.
- 5) La responsabilidad de los gobernantes ante los ciudadanos por los actos de gobierno que ejecuten. En una república es inadmisibles convalidar la irresponsabilidad de los gobernantes. Es así que los gobernantes que no ajusten sus conductas a las leyes o a la satisfacción del bien común quedan sujetos a sanciones constitucionales, legales y políticas. Entre las sanciones constitucionales cabe citar la destitución dispuesta en el curso de un juicio político e, inclusive, la inhabilitación para ocupar en lo sucesivo cargos gubernamentales.

6) La periodicidad en el ejercicio de las funciones gubernamentales. Quienes han sido elegidos para desempeñar cargos en el gobierno ejercen sus mandatos por un lapso determinado para posibilitar la movilidad en aquéllos. Los cambios regulares en el elenco de los gobernantes permiten la consolidación del sistema republicano y su subsistencia sin caer en el riesgo de acudir a figuras carismáticas que, usualmente, se perpetúan en el gobierno al forjar regímenes autocráticos. En nuestro régimen constitucional, esta limitación no se aplica a los magistrados judiciales (art. 110 CN), aunque su fundamento se relaciona con el control sobre los órganos del gobierno que tienen funciones legislativas y ejecutivas; sobre órganos cuyos integrantes tienen un mandato limitado y cuya función esencialmente política queda sujeta al control de un órgano que no participa de la política agonal.

7) La publicidad de los actos de los gobernantes resulta esencial en una república para que sus mandantes puedan conocer qué se realiza en su representación y tener un juicio formado sobre la aptitud e idoneidad de sus mandatarios. Esa publicidad no se limita a los actos de gobierno propiamente dichos, sino también a los actos privados de los gobernantes en la medida que vulneren la ley, los derechos de las personas, el orden público o la moral pública (art. 19 CN).

8) El debate y análisis público de los actos de los gobernantes a través de los medios técnicos de comunicación social. Es en este aspecto, como en tantos otros de una convivencia democrática, donde resalta el rol importante que tiene la más amplia libertad de expresión del pensamiento, en general, y la libertad de prensa en particular. La prensa, al ser un espejo que refleja la realidad social, se transforma en vehículo imprescindible para el conocimiento de la vida republicana y para el control de los gobernantes.

#### 157. Separación y control de las funciones del poder

La llamada doctrina de la división de los poderes consiste en distribuir las funciones del poder estatal, a los fines de su ejercicio, entre varios órganos gubernamentales independientes que están relacionados mediante mecanismos de control recíproco.

La realidad política revela que, cuando el ejercicio del poder se concentra, ya sea institucionalmente o de manera dominante, en una persona o un órgano del gobierno, su manifestación es necesariamente discrecional. No existen, en tal caso, cauces institucionales para controlar el ejercicio del poder. Los únicos factores de control son extragubernamentales y su actuación suele desbordar el orden jurídico, lo que provoca, en mayor o menor grado, el debilitamiento o la ruptura del sistema. Asimismo, esa ruptura se limita a desencadenar una sustitución de la persona u órgano que ejerce el poder, lo cual acarrea la consolidación del sistema hasta tanto cobren nuevamente fuerza los factores de control extragubernamentales.

Esa discrecionalidad, con sus vaivenes cíclicos, se traduce en un ejercicio arbitrario y despótico del poder propio de los sistemas transpersonalistas. La libertad y dignidad del ser humano quedan sometidas a la voluntad discrecional del



gobernante de turno, sin que existan recursos institucionales para prevenir y remediar los abusos del poder.

Ante esa realidad, la distribución de las funciones del poder entre varios órganos independiente fue uno de los aportes más importantes provenientes del movimiento constitucionalista. Se trata de una técnica que, sin mengua de la eficacia del poder, procura evitar su ejercicio abusivo en salvaguarda de la libertad y dignidad, como objetivo fundamental y único del sistema político personalista.

El precursor de la doctrina de la división de los poderes fue John Locke. En su obra "Ensayo sobre el gobierno civil", clasifica a los poderes que ejerce el gobierno en: legislativo, ejecutivo, federativo y de prerrogativa.

La obra de Locke fue desarrollada y completada por Montesquieu, quien es presentado como el creador de la doctrina de la división de los poderes. En su libro "El espíritu de las leyes", sobre cuyo contenido influyó el pensamiento de Locke y la estructura del gobierno en Inglaterra, clasifica a los poderes en: legislativo, ejecutivo y judicial. El legislativo tiene a su cargo la sanción de las leyes, el ejecutivo la conducción de las relaciones exteriores y debe asegurar el orden público conforme a las leyes, al tiempo que el judicial debe resolver los conflictos que se presentan entre los individuos y castigar a quienes violan la ley.

Montesquieu destacaba que esas funciones del poder pueden ser concentradas en un órgano del gobierno o distribuidas entre varios órganos. En el primer caso, señalaba que no habrá libertad debido a que el ejercicio del poder sería discrecional. En cambio, si el ejercicio de las funciones del poder se distribuye entre varios órganos, el poder que ejerce cada uno de ellos configura un límite para el que tienen los restantes. Pero esa distribución del poder entre varios órganos no es suficiente, según Montesquieu, para asegurar la libertad. Será necesaria una constitución que institucionalice el sistema y que establezca cierto equilibrio de fuerzas entre los tres órganos del gobierno.

La doctrina de Montesquieu tuvo amplia difusión en Francia y en las colonias inglesas de Norteamérica, donde también tuvo influencia el pensamiento de Locke y Thomas Paine.

En los orígenes del proceso constituyente argentino, gestado en 1810, se percibe la gravitación que tuvo el pensamiento de Rousseau mediante la institucionalización de un órgano de gobierno en el cual se concentraba el ejercicio del poder, o mediante la estructuración de un ejecutivo colegiado.

Sin embargo, a partir del Estatuto Provisional de 1815, se advierte un paulatino incremento de la influencia que tuvieron la obra de Montesquieu y la Constitución de los Estados Unidos desde el inicio de nuestro proceso constitucional, tanto sobre las ideas políticas que asumía la sociedad, como sobre el pensamiento de ciertas personalidades que gravitaron decisivamente en la construcción de la Constitución de 1853/60.

En la estructura constitucional argentina el ejercicio de las funciones ordinarias del poder está distribuido entre el Congreso, que ejerce la función legislativa, el presidente de la Nación, quien ejerce la función ejecutiva, y la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores, que ejercen la función judicial.

Se discute si esa estructura tripartita de los órganos gubernamentales fue modificada con la reforma constitucional de 1994 debido a la constitucionalización de nuevos organismos.

Consideramos que no es así. Tanto la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN), como el Defensor del Pueblo (art. 86 CN) son organismos que integran el órgano legislativo del gobierno que preside el Congreso de la Nación. El Consejo de la Magistratura (art. 114 CN), si bien no ejerce funciones jurisdiccionales como los jueces, integra el Poder Judicial. En cuanto al Ministerio Público (art. 120 CN), si bien es un organismo independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, se trata de una entidad que desenvuelve sus funciones constitucionales en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Poder Judicial. Es, a nuestro entender, una estructura de control intraórgano del Poder Judicial y no un cuarto órgano gubernamental. Tal fue, por otra parte, la ubicación que siempre tuvo el Ministerio Público antes de la reforma constitucional de 1994, sin que hubieran variado sus funciones.

La doctrina de la división de poderes se refiere, fundamentalmente, a la división de los poderes constituidos, a la distribución de las funciones ordinarias del poder entre los órganos gubernamentales. Pero esa doctrina también se debe tener en cuenta para comprender y justificar la división que media entre el poder constituyente y los poderes constituidos. El primero, cuyo ejercicio corresponde a la convención prevista por el art. 30 de la Constitución, es una función extraordinaria del poder que está al margen y por encima de las funciones ordinarias, lo que conlleva una relación de subordinación para los órganos del gobierno que ejercen estas últimas.

También son órganos extraordinarios del gobierno, aunque ejercen funciones ordinarias del poder, los cuerpos electorales que se expiden sobre la consulta popular vinculante, por cuanto producen actos legislativos del gobierno que exteriorizan la voluntad estatal y dentro del ámbito del Poder Legislativo.

La distribución de las funciones del poder entre varios órganos del gobierno tiene por objeto tornar más eficiente el ejercicio del poder estatal mediante la especialización de aquellos órganos en funciones específicas. Pero también apunta a rescatar la libertad de los destinatarios del poder al evitar la concentración en su ejercicio.

La visión mecanicista de la doctrina de la división de poderes, sin mengua de su importancia, resulta incompleta desde una óptica realista de la vida política. Ese defecto se subsana mediante el recurso de acudir a la teoría de los controles. La concepción de aquella doctrina, complementada por la teoría del control, permite tener una visión más clara, no solamente sobre el funcionamiento jurídico formal

de la distribución de las funciones del poder, sino también sobre su expresión en la realidad política con el conocimiento consecuente del orden político.

Karl Loewenstein, quizás la figura más destacada en el campo del Derecho Constitucional en el siglo XX, sistematizó con precisión poco frecuente la teoría del control.

Loewenstein distingue entre controles horizontales y los verticales. Los primeros son los que funcionan dentro de un órgano o entre los órganos gubernamentales, mientras que los segundos se expresan como acciones o interacciones que se producen entre los órganos ordinarios y extraordinarios del gobierno y la sociedad en forma global.

Entre los controles de tipo vertical, Loewenstein cita el federalismo, las garantías de las libertades individuales y el pluralismo.

El federalismo presupone la coexistencia de un centro de poder soberano con varios focos de poder autónomo que limitan el campo de extensión del primero ejercido por el gobierno central. La distribución de competencias y el reconocimiento de atribuciones propias y exclusivas a los gobiernos autónomos constituyen formas efectivas de evitar la concentración del poder en el gobierno central. Al federalismo, como elemento de control, cabe añadir las regiones y municipios que, en grado inferior a los estados locales o provincias, también imponen un límite al poder discrecional del gobierno central.

En los sistemas políticos personalistas, basados en el reconocimiento de la libertad y dignidad de las personas preexistente al Estado, se prevé una serie de garantías efectivas para evitar que la actuación del gobierno provoque la desnaturalización de aquel fundamento y lo torne meramente nominal. Claro está que la generalidad de estas garantías es concretada mediante la intervención de los organismos judiciales, de modo que su independencia ante el Congreso y el presidente de la República configura el presupuesto ineludible para que ellas sean efectivas.

El pluralismo es otro de los controles verticales. Loewenstein destaca que "Cuando el individuo aislado se une con otros en virtud de una comunidad de intereses, tiene entonces la posibilidad de ofrecer mayor resistencia a los detentadores del poder estatal que si tuviese que enfrentarse aisladamente: unido con otros, ejerce una influencia sobre las decisiones políticas que corresponde a la fuerza de su grupo. Los grupos pluralistas son, por lo tanto, barreras y frenos frente al todopoderoso Leviatán".

En el marco del pluralismo como control vertical, cabe incluir a los grupos de interés, los grupos de presión, los lobbies como representantes de intereses sectoriales, los partidos políticos, los grupos de opinión reflejados por los medios de prensa y los medios técnicos de comunicación social, cuyo rol estratégico e institucional resulta básico para la preservación y subsistencia de un sistema democrático constitucional. En efecto, cuando mayor sea la libertad de prensa y la posibilidad de los individuos por conocer lo que acontece en el seno de la sociedad,

mayor será la eficacia del control y la consecuente solidez de un sistema político personalista como lo es la democracia constitucional.

- (1) Caso "Total Austral", Fallos CS 326:3368.
- (2) Fallos CS 312:326; LA LEY, 1989-C, 49.
- (3) Fallos CS 314:497; LA LEY, 1998-D, 281.
- (4) Fallos CS 314:570.
- (5) Fallos CS 239:251.
- (6) Fallos CS 256:588.
- (7) Fallos CS 276:432.
- (8) Fallos CS 330:4988.
- (9) Fallos CS 304:1186.
- (10) Fallos CS 326:1289; LA LEY Online.
- (11) Fallos CS 326:1248; LA LEY, 2003-E, 520.
- (12) Fallos CS 317:397.
- (13) Fallos CS 326:3368.
- (14) Fallos CS 326:3521.
- (15) Fallos CS 311:1265.
- (16) Fallos CS 301:341; 311:1265.
- (17) Fallos CS 156:20.
- (18) Fallos CS 285:241 y 307:1239.
- (19) Fallos CS 310:2478.
- (20) Fallos CS 312:326.
- (21) Fallos CS 114:282, 185:21, 186:519, 320:169, 320:621.
- (22) Fallos CS 328:175.
- (23) Fallos CS 312:326.
- (24) Fallos CS 327:4103.
- (25) Fallos CS 324:1307.
- (26) Fallos CS 326:3669.

## CAPÍTULO VI

### La libertad constitucional

#### SUMARIO

- 158. Concepto y valoración de la libertad.
- 159. Libertad y democracia.
- 160. Las libertades en la Constitución Nacional.
- 161. Relatividad de las libertades constitucionales.
- 162. Poder de policía.
- 163. Concepto del poder de policía.
- 164. Características del poder de policía.
- 165. Sistemas del poder de policía.
- 166. Límites del poder de policía.
- 167. Competencia de la Nación y las provincias en materia de poder de policía.
- 168. Legalidad.
- 169. Igualdad.
- 170. Prerrogativas de sangre y nacimiento.
- 171. Discriminación arbitraria.
- 172. Fueros personales y fueros reales.
- 173. Igualdad fiscal.
- 174. Los cargos públicos y la idoneidad.
- 175. Derechos de los pueblos indígenas.
- 158. Concepto y valoración de la libertad

La libertad y la idea que ella representa en el pensamiento de cada individuo constituyen el concepto que con mayor frecuencia aparece citado en el curso de la historia de la humanidad. Los documentos jurídicos, los discursos sociales y las obras doctrinarias mencionan continuamente la palabra "libertad". Todos los sistemas políticos, tanto personalistas como transpersonalistas, proclaman que su objetivo es la libertad, aunque los contenidos que se le asignan resulten a veces inconciliables. Las leyes, las constituciones, los actos de gobierno, las revoluciones, las conquistas más importantes del espíritu humano y los más absurdos atentados contra la dignidad humana se gestaron y se producen con invocación de la libertad.

Para explicar este fenómeno, Malinowski destaca que "Los filósofos y pensadores políticos, teólogos y psicólogos, estudiosos de la historia y la moral, han usado esta palabra con un alcance de sentidos hartamente amplio. Esto se debió en gran parte al

hecho de que la palabra libertad, por razones muy definidas, tiene una seducción sentimental y un peso retórico que hace muy cómodo su uso en la arenga, en el sermón moral, en la exhortación poética y en el debate metafísico".

La libertad, como expresión de la necesidad espiritual y física más elemental del ser humano, trasciende el marco individual para proyectarse en la esencia de la organización política global y constituir la razón de ser de un Estado de Derecho en el proceso del movimiento constitucionalista.

Son innumerables las definiciones del concepto de libertad. Varían en función del enfoque que adoptemos y de los valores que consideremos.

Alberdi escribía que "la libertad es el poder de que cada hombre está dotado por su naturaleza para ejercer todas las facultades de su ser. Es la libertad social. Pero la condición de vida de la libertad de cada hombre es la libertad de los demás". También sostenía que "la libertad es el respeto del hombre al hombre. La libertad es poder, autoridad. Respetar la libertad de cada hombre es respetar el poder, la autoridad de cada hombre. Respetar la autoridad unida o colectiva de todos los hombres que forman una sociedad es respetar la libertad de cada uno. El que no sabe obedecer no sabe ser libre".

A pesar de las dificultades que se presentan para definir el concepto de libertad, y a pesar de los más variados significados que se le asignan a ese vocablo, le asiste la razón a Linares Quintana cuando nos enseña que "libertad" es una palabra tan antigua como la historia del hombre y que la propia historia de la humanidad puede ser sintetizada como la historia de la lucha eterna del hombre por la libertad.

En efecto, si nos ceñimos a un enfoque empírico, no es cierto que la libertad exista tan sólo en el mundo de los sueños. La libertad existe cuando se lucha para conseguirla, tal como lo demuestra la historia de la humanidad.

También es cierto que una libertad duradera y acorde con el bien común requiere responsabilidad. Cuanto mayor sea la responsabilidad, mayor será el grado de la libertad. El hombre libre se sujeta a la responsabilidad para preservar aquélla. En cambio, el hombre mediocre no es responsable porque carece de energía o talento para bregar por su libertad, o porque ella no le interesa realmente. El individuo mediocre no es responsable porque otro decide por él, y prefiere la sumisión a ser dueño de su propio destino y superar esa mediocridad para ser libre. El hombre mediocre odia el trabajo; el hombre libre lo ama porque sabe que le dará más libertad. Los pueblos cultos crean su destino porque están dirigidos por una libertad responsable; en cambio, los pueblos incultos soportan lo que les impone el destino porque no quieren o no saben ser libres con responsabilidad.

La idea primaria que representa el concepto de libertad se traduce en una oposición. En dos polos antagónicos que son la libertad como energía o fuerza para alcanzar un objetivo y las dificultades o trabas para su concreción.

Esa dificultad, como elemento negativo de la libertad, se manifiesta en tres órdenes diferentes:

- 1) En la violencia o fuerza, física o espiritual, que impide alcanzar el objetivo.
- 2) En la sumisión o esclavitud del hombre frente a los impulsos externos o frente a su propia ineptitud espiritual para superar las pasiones que anulan su libertad.
- 3) En la necesidad que conduce al hombre a abandonar las metas elevadas que se pudo haber fijado en función de su dignidad natural.

El elemento negativo, al excluir la libertad, permite la tipificación de esta última, también en tres órdenes diferentes:

- 1) La libertad como exención de la violencia o como energía que supera las trabas impuestas por la violencia.
- 2) La libertad como exención de la sumisión mediante un acto volitivo interno o mediante la compulsión sobre la acción externa.
- 3) La libertad como exención de la necesidad que se exterioriza cuando el hombre tiene conciencia de ella y despliega su energía espiritual para superarla.

En cada una de estas tres hipótesis, la libertad, además de exteriorizarse en un acto voluntario, se traduce en conductas impregnadas por el deseo del ser humano por alcanzar un objetivo trascendente; de superar las barreras interiores o exteriores de la violencia, la sumisión o la necesidad por él conocidas mediante el despliegue de una actividad física o intelectual que le permite alcanzar los objetivos trascendentes que establece su naturaleza o su raciocinio.

Filosóficamente, la libertad es una idea representativa de las aspiraciones individuales del ser humano, que se refleja en una presunta potestad para hacer o conseguir un resultado determinado. Pero ese significado no es el concepto jurídico que tiene relevancia en el derecho constitucional. La libertad jurídica no es simplemente esa concepción metafísica, aunque con frecuencia ella es utilizada para caracterizar el concepto jurídico de la libertad.

La libertad jurídica trasciende el marco subjetivo del individuo y está integrada por todo el conjunto de atributos naturales o positivos que la ley le asigna al hombre en función de la idea política dominante. La libertad es, así, el conjunto de atributos que la ley le confiere o reconoce a una entidad que alcanza la jerarquía de persona, y que se hacen efectivos en las relaciones sociales mediante su corporización en derechos.

La institucionalización de la libertad conduce necesariamente a forjar el derecho como instrumento que garantiza su efectividad. El ordenamiento jurídico, al consagrar la libertad y su caracterización, ofrece al individuo una amplia gama de posibles comportamientos normativos para cristalizar aquella libertad.

Tales comportamientos reciben el nombre de derechos subjetivos, mediante cuyo ejercicio la persona podrá disfrutar de los beneficios de la libertad jurídica. La

libertad es la esencia, y los derechos subjetivos los medios legales para tornarla efectiva en la convivencia social.

Esto nos conduce a descartar aquellas definiciones de la libertad que la limitan a la idea de un hacer o dejar de hacer. La libertad es un atributo que distingue a la persona y que se expresa en su potestad de exigir un comportamiento determinado del Estado y demás particulares mediante el ejercicio de los derechos subjetivos.

La esfera de la autonomía individual es la libertad, y la potestad para hacerla efectiva es el derecho a la libertad. Pero esa autonomía y esa potestad no son las que concibe aisladamente en su seno el individuo, sino aquellas que aparecen reconocidas y consagradas en las normas jurídicas que, a los fines de su legitimidad, deberán reflejar fielmente la idea política dominante y el concepto de libertad que de ella emana.

La libertad jurídica es esencialmente limitada y controlable, por cuanto se manifiesta en la convivencia social organizada. Sin un orden y sin límites para la libertad, es imposible que exista la libertad constitucional. La relación armónica entre los individuos, y la relación armónica entre ellos y la organización política global, impone necesariamente restricciones para la libertad, que son expresadas en las normas jurídicas que la regulan.

Si la libertad jurídica fuera absoluta, tal como puede ser concebida por algún pensamiento filosófico, sería imposible concretar una vida social en libertad. Por tal razón, la libertad constitucional está condicionada a la adecuación del individuo al orden jurídico de la sociedad global. Sin esa subordinación al ordenamiento jurídico, no puede expresarse una sociedad organizada y la libertad constitucional no será tal. En este caso no habrá libertad, sino libertinaje.

La relación entre la libertad constitucional y sus limitaciones, impuestas por el orden social, permite precisar sus contenidos. Se trata de una libertad jurídica y no extrajurídica. Es una libertad relevante, en cuanto tiene previstos efectos jurídicos. Es una libertad lícita, en cuanto no se concibe jurídicamente la presencia de una libertad ilícita y sí los efectos antijurídicos de un comportamiento humano que es su causa eficiente.

Son varias las disposiciones constitucionales que, de manera explícita o implícita, permiten la calificación jurídica del concepto de libertad. De ellas, el art. 19 de la Ley Fundamental es el que le otorga su precisión básica. Dispone que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Se trata de un principio general que está acompañado por las hipótesis en las cuales se limita la libertad individual, y si bien ellas aluden a las acciones privadas de las personas, un enfoque interpretativo sistemático permite su aplicación extensiva a áreas extrañas a los llamados derechos personalísimos. Tales límites, al margen de los legales, están conformados por el orden público, la moral pública y el deber de no ocasionar daños innecesarios a terceros en resguardo de su dignidad.

159. Libertad y democracia

Etimológicamente, democracia significa autoridad del pueblo, poder del pueblo, concebir a la comunidad como fuente del poder político. Ese concepto se traduce en un sistema político donde la comunidad es titular del poder y se gobierna a sí misma en el sentido de ejercer una influencia exclusiva o decisiva en la manifestación de ese poder.

Esa influencia no es uniforme, ya que en cada sistema puede variar su grado de intensidad, de efectividad y de extensión. De todos modos, el concepto de democracia tiene su fundamento en el consentimiento libre de los gobernados, manifestado tácitamente por los grupos de opinión pública y expresamente por el cuerpo electoral, en tanto que ese consentimiento es una idea política dominante que es la fuente de legitimidad para la autoridad de los gobernantes.

Víctor Massuh, ese ilustre pensador cuya creatividad y talento no fueron suficientemente reconocidos, nos enseñaba que "la democracia es superior a la dictadura del proletariado, a la teocracia, el gobierno de los ayatollah, la monarquía absoluta o el presidente vitalicio. Sencillamente porque al haber superado las exclusiones internas y el privilegio de las corporaciones, al haber ensanchado el espectro de la representatividad individual, la democracia se convirtió en el ideal del hombre común, en la expresión de aquello que identifica al ser humano genérico, es decir, al habitante de cualquier lugar de la tierra: la libertad". Añadía, que "Es el valor que funda los restantes valores como la justicia, la verdad, la belleza, lo sagrado. Ninguno de éstos tiene sentido si previamente no se reconoce al ser humano la posibilidad de una elección adversa. Es certera la sabiduría bíblica cuando señala que puso en manos de la criatura el arbitrio de elegir la salvación o la condenación (...). Como la libertad es creadora, la democracia le da un terreno real para que su aventura sea algo más que una tentativa solitaria. La democracia rescata a la libertad de la ficción solipsista y le otorga el marco del otro, de los otros, para que su proyección individual adquiera una plenitud colectiva (...). Sobre todo cuando la civilización contemporánea muestra signos que empujan en una dirección opuesta: los fanatismos violentos; el hedonismo que hace de la complacencia del yo un olvido del otro; una definición de la libertad que la identifica con el estallido del caos y no con el orden interior; una voluntad tecno-industrial que se burla de la naturaleza; cierta seducción televisiva o informática que devora la realidad y la reemplaza por la representación. Estos nuevos jinetes del Apocalipsis crecieron en la democracia y pueden pisotearlo todo a su paso. Sólo la democracia tiene la fuerza suficiente para detenerlos". Su dialéctica dista de enrolarse en las filas de Hegel, Marx o de Heidegger, porque si bien en la civilización imperante en la democracia podemos encontrar las fuerzas de su destrucción, también en el seno de ellas se encuentra el factor que permite desarticularlas: la libertad.

Modernamente no se concibe la vigencia de la libertad sino dentro de un marco caracterizado por la tolerancia y el respeto hacia la voluntad ajena. Por ello, si bien públicamente ningún contemporáneo se atreve a condenar a la libertad en su carácter de bien fundamental del hombre, se observa que suele ser invocada por doctrinas políticas que en la práctica desconocen su vigencia. Precisamente por

privarla de sus notas decisivas —libre albedrío, tolerancia y respeto por la voluntad ajena— que, en definitiva, determinan su negación. Es como si expresaran: "el pensamiento libre proclamo en alta voz, y muera quien no piense igual que pienso yo".

El desconocimiento del libre albedrío, la tolerancia y el respeto por los derechos ajenos importa la negación de la libertad, tanto política como civil, y conforma la antesala del autoritarismo. José Ingenieros enseñaba que "Las tiranías cimentadas en el interés de los mercaderes y en la ceguera de gentes incultas, son execrables porque domestican las naciones, corrompen la moral, ablandan los caracteres, enmudecen los labios y paralizan los gestos. Bajo los regímenes de privilegio medran los serviles, florecen los hipócritas, prosperan los audaces, culminan los indignos. La solidaridad en el esfuerzo colectivo es reemplazada por la complicidad en el común aprovechamiento. La patria queda en manos de traficantes que la explotan y el patriotismo se convierte en lucrativa industria, tanto mejor remunerada cuanto mayor es la exaltación apologética. Los que no viven de la patria, se apartan, se proscriben, trabajando para ella, sin mendigar de los poderosos las migajas del festín. Piensan el porvenir y lo construyen. Confían en un mañana, que llega más temprano o más tarde, portador de la única justicia que seduce a los grandes, la posteridad, que compensa generosamente las horas inquietas del ostracismo".

Si se admite que la libertad es el bien supremo del hombre, es factible distinguir a los sistemas políticos en función de ella. Así, se presentan los sistemas personalistas basados sobre la libertad. Ellos la consagran, como regla general, tanto en el ámbito político como en el civil, al tiempo que fijan restricciones razonables, impuestas para posibilitar una armónica convivencia social.

Frente a ellos, se expresan los sistemas transpersonalistas que, por subordinar el individuo a los fines asignados por los gobernantes a la sociedad política, se fundamentan en la negación de la libertad individual y como excepción en su reconocimiento. Los primeros responden y respetan la esencia de la naturaleza humana. Los segundos procuran alterar el comportamiento natural en función de conceptos dogmáticos.

#### 160. Las libertades en la Constitución Nacional

La vigencia de la libertad y el establecimiento de un sistema político personalista son objetivos claramente enunciados por la Constitución Nacional. Al procurar su institucionalización, los constituyentes de 1853/60 procedieron a reiterar los grandes fines de la organización política global que fueron expuestos en los antecedentes constitucionales a partir de 1810.

Los artífices de la Constitución Nacional, en la sesión del 1º de diciembre de 1852 expresaron: "La palabra más simpática para la democracia argentina es la libertad. En la guerra extranjera como en la guerra civil, siempre el pabellón azul y blanco llevó escrita esa palabra mágica. Pero nuestras instituciones y nuestros hábitos heredados no nos habían permitido comprender que no hay cosa más práctica que la libertad, y que para ser libre es indispensable que los hombres se doblen

sumisos al despotismo santo de la ley. En busca de esa libertad que les huía, han andado los pueblos argentinos desde que son independientes. Estaban ciegos por falta de educación social, y no vieron que en las luchas domésticas era sangre hermana la que corría, y que cada combatiente caído dejaba en el despoblado territorio un vacío que debía llenar indispensablemente la barbarie".

En su concepción filosófica, la Constitución de 1853/60 respondió a los factores políticos, sociales, económicos e históricos que generaron el surgimiento de la comunidad nacional, así como también al contenido de la idea política dominante que estuvo presente desde el mismo momento del surgimiento de la Nación. Fue expresión cabal de las necesidades y aspiraciones del país dentro del marco de sus posibilidades reales.

La redacción de la Ley Fundamental revela que fueron debidamente aplicadas las técnicas más modernas de formulación constitucional, en la búsqueda de la perdurabilidad de sus normas que permitiera, dentro de su cauce, el nacimiento y desarrollo de instituciones sociales y políticas que en ese momento concreto no era posible prever. Se consiguió forjar los instrumentos para evitar la inestabilidad política y para que las normas constitucionales no quedaran a la zaga del dinamismo social.

Para consolidar la unidad nacional que no se había podido concretar durante más de cuarenta años, uno de los principales objetivos de los constituyentes fue el gobierno enérgico. Otro de sus objetivos fue la instauración de un gobierno con poderes limitados, lo cual se tradujo en una fórmula muy sencilla: el gobierno debía ser fuerte para consolidar la unidad nacional y la democracia constitucional, pero esa fuerza jamás debía superar los límites establecidos por el reconocimiento de la libertad del hombre.

Otro de los propósitos fue la creación de un gobierno representativo, ejercido por personas idóneas, por personas capaces de superar los intereses sectoriales para recoger y plasmar en soluciones concretas, basadas en el bien común, las inquietudes y demandas de la población.

Los constituyentes querían un gobierno fuerte, un gobierno que respetara la libertad y que fuese ampliamente representativo de los ideales que forjaron el surgimiento de la Nación. Todo ello en un marco racional y realista que posibilitara la subsistencia del sistema sin necesidad de apartarse del texto constitucional.

Los fundadores del sistema constitucional no abrigaron la ingenua ilusión de que la Constitución se pudiera defender a sí misma. Las leyes son creadas, cumplidas y violadas por los hombres. Por el contrario, se esmeraron por difundir la educación cívica y por crear un conjunto de instituciones básicas, una maquinaria que, pese a ser manejada por seres imperfectos, egoístas y ambiciosos, pudiera funcionar correctamente para proyectar los intereses generales ligados con el florecimiento cultural, el desarrollo económico y la vigencia de la libertad.

La Constitución fue concebida esencialmente para cristalizar el espíritu nacional y para proyectarlo, sin límites temporales, en un marco de libertad y responsabilidad.

Destacando este aspecto, Joaquín V. González señaló que "no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y que como se ama a la tierra nativa y al hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y el despotismo", a lo que agregó que "la Constitución Nacional es uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época". En igual sentido, resaltando la proyección y aplicabilidad de la Ley Fundamental, Linares Quintana expresa que "La Constitución Argentina es una de las más sabias, humanas, prudentes y perfectas constituciones del mundo".

El fundamento de la estructura constitucional y la finalidad suprema de las normas que la integran residen en el reconocimiento y la protección de la libertad humana. En el texto constitucional y en cada una de sus disposiciones aparece claramente establecida la preocupación por encauzar la vida política y social hacia el amparo de la libertad y dignidad, y por añadidura el progreso.

Así, en el Preámbulo de la Constitución se declara que su establecimiento responde al propósito de asegurar los beneficios de la libertad, "para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

En la primera parte de la Constitución, genéricamente llamada dogmática, aparecen expuestas de modo enunciativo las libertades del hombre y los derechos establecidos para hacerlas efectivas. Especialmente, cabe recordar el principio general contenido en su art. 19, según el cual las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados y que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Asimismo, el art. 28 de la Constitución limita la potestad reglamentaria de las libertades, al disponer que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Finalmente, y como cláusula residual, el art. 33 —incorporado en 1860 sobre la base de la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos— prescribe que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Con dicha cláusula adquieren jerarquía constitucional todas las especies de la libertad natural del hombre y todas aquellas que conforman la esencia de un sistema gubernamental republicano, estén o no enunciadas explícitamente en el texto constitucional o en sus normas reglamentarias. Tanto las libertades ya existentes, como las libertades en embrión que nacerán como consecuencia del dinamismo social.

Es bueno recordar, para disipar dudas y extravíos, cómo fue concebida la importancia de la libertad constitucional en una de las sentencias más célebres de la Corte Suprema de Justicia. Resolviendo el caso "Sojo"(1) , en 1887, destacó que "por grande que sea el interés general, cuando un derecho de libertad se ha puesto en conflicto con atribuciones de una rama del poder público, más grande y más respetable es el que se rodee ese derecho individual de la formalidad establecida para su defensa (...). El palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el palladium de la libertad es la Constitución; ésa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya observancia inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal (...). Es de la esencia del sistema constitucional que nos rige, la limitación de los poderes públicos a sus atribuciones y facultades demarcadas como derivadas de la soberanía del pueblo, por su expreso consenso".

#### 161. Relatividad de las libertades constitucionales

La libertad, si bien constituye un valor supremo del hombre y de la sociedad, no es absoluta, sino solamente relativa o limitada. En un sistema democrático constitucional no existen las libertades absolutas. Todas ellas están sujetas a una serie de limitaciones que, al margen de las impuestas por los factores externos provenientes del espacio físico en donde el hombre desarrolla sus actividades, son establecidas para posibilitar una convivencia armónica y el cumplimiento de los grandes fines que motivaron la creación de la organización política global.

La libertad constitucional es esencialmente limitada, pero al ser también el hombre esencialmente libre, tales límites para su ejercicio a través de los derechos subjetivos deben ser impuestos por ley en función del principio de legalidad, y su interpretación debe ser restrictiva. No toda limitación legal resulta aceptable, sino solamente aquella que esté dotada de razonabilidad.

Además, por aplicación del principio de igualdad, las limitaciones a la libertad deben ser iguales para todos los hombres en igualdad de circunstancias.

Así, la legalidad, la razonabilidad y la igualdad condicionan la validez de las limitaciones establecidas a la libertad en un sistema constitucionalista.

La limitación de la libertad, paradójicamente es el medio para asegurar la libertad de todos los individuos, de modo de forjar una convivencia armónica donde las potestades naturales de cada uno no pueden proyectarse hasta el extremo de desconocer las libertades de los demás miembros de la sociedad, ni de impedir el

desenvolvimiento y bienestar de la comunidad. Pero el carácter relativo de la libertad no es absoluto, pues está sujeto a ciertos límites. Si el relativismo fuera absoluto e ilimitado, la presencia de la libertad sería una simple expresión de deseos subordinada a la voluntad del gobernante de turno.

Las limitaciones a la libertad que, en rigor y jurídicamente, son limitaciones a los derechos del hombre, jamás pueden desembocar en la negación de la esencia de aquélla. La Constitución prevé una libertad limitada y condiciona la validez de esos límites a la igualdad, razonabilidad y al debido procedimiento legal. Las regulaciones a la libertad tampoco son absolutas, sino razonables en función del bien común. Ellas emanan de la ley en forma negativa o positiva.

Toda libertad, traducida en un derecho, tiene su obligación correlativa. Para que la libertad sea efectiva a través del ejercicio de los derechos, es necesario que jurídicamente se prevean los deberes frente a ella. Esos deberes son los que permiten una convivencia armónica en libertad y la concreción de los grandes fines que motivan la creación de la organización política global.

En efecto, si alguien es titular de un derecho, habrá otra persona que tiene el deber de respetar ese derecho y viceversa. Pero, al margen de ese deber, el derecho tiene un límite en su ejercicio. En cierto modo, todo ejercicio de un derecho debe ser responsable y esa responsabilidad en una convivencia social armónica debe provenir, en primer lugar, del propio titular del derecho. Se impone una suerte de autorregulación para evitar el ejercicio de un derecho en forma abusiva. La titularidad de un derecho es legal y legítima, pero esa legalidad y legitimidad quedan desarticuladas por su ejercicio abusivo, que será ilegal e ilegítimo.

Tales principios aparecen correctamente enunciados en la Constitución Nacional. Ella reconoce, en forma expresa o implícita, todas las libertades del ser humano a través de su institucionalización en derechos. Pero esas libertades no son absolutas, ya que el propio art. 14 de la Ley Fundamental se encarga de disponer que los derechos constitucionales deben ser puestos en funcionamiento conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

A su vez, la cláusula del art. 14, al admitir las limitaciones por vía de la reglamentación, está sujeta a la previsión del art. 28, que establece que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Esto significa que la reglamentación no puede tener un alcance tal que en la práctica se traduzca en el aniquilamiento de la libertad o en su desnaturalización. También significa que la reglamentación debe ser razonable, con respeto de la esencia del art. 19 de la Ley Fundamental, y que no puede ser fuente de desigualdades que, como tales, siempre serán arbitrarias.

La relatividad de las libertades constitucionales, en forma mediata, siempre debe tener sustento legal. Pero, de manera inmediata, puede ser generada tanto por una ley como por las relaciones jurídicas lícitas concertadas voluntariamente por los individuos. Ellos pueden restringir sus libertades e, inclusive, renunciar a algunas de ellas.

## 162. Poder de policía

La libertad constitucional no es la libertad tal como es concebida por las diversas corrientes del pensamiento filosófico, sino aquella que es reconocida y garantizada por la ley constitucional. La Constitución enuncia y reconoce las libertades, establece los derechos para garantizarlas y fija los límites para su desenvolvimiento en las relaciones sociales.

Esto significa que no podemos vincular al poder de policía con el Estado de Policía, como figura opuesta al Estado de Derecho, porque precisamente toda manifestación del poder de policía debe ajustarse a la Constitución. De manera que el poder de policía del Estado no es concebido como una imposición arbitraria, sino razonable y derivada de las necesidades que genera la convivencia social.

La regulación práctica de la libertad y sus limitaciones son establecidas por el llamado poder de policía que, a tales fines, ejercen los órganos gubernamentales. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, dentro del marco de sus funciones constitucionales, ejercen el poder de policía para la protección de los individuos, grupos sociales y del propio Estado. Su objetivo es reglamentar las libertades individuales y sociales en función del bien común.

## 163. Concepto del poder de policía

El contenido y los alcances del poder de policía no están mencionados en la Constitución Nacional, ni es conveniente que lo estén sobre la base de una definición claramente determinada. Ello obedece a la amplitud de su campo de aplicación y a la constante evolución de su contenido, que es expresión de los conflictos que se suscitan entre el interés particular y el interés general.

En tal sentido, dar una definición precisa y cerrada del poder de policía no se compadece con el dinamismo de la vida social.

El poder de policía es una potestad y una función del gobierno, expresada en reglas jurídicas que reglamentan las libertades y establecen un orden de convivencia al cual deben adecuarse los comportamientos de los hombres.

Así concebido, el poder de policía tiene por finalidad asegurar la libertad de todos, la armonía social, la seguridad pública, el orden público, la moralidad, la salud y el bienestar general, mediante normas jurídicas acordes con la Constitución que establecen limitaciones razonables a las libertades individuales que, de todos modos, no pueden alterar ni desconocer.

## 164. Características del poder de policía

El contenido asignado al poder de policía permite tipificar sus dos características fundamentales, que son la flexibilidad y su inalienabilidad.

El poder de policía es flexible en el sentido de que debe ser adecuado permanentemente a las cambiantes condiciones sociales, económicas y políticas de una sociedad, que hacen variar los alcances de la idea sobre el bien común en su relación directa con una situación específica y concreta. Las necesidades del bien

común varían en función de los cambios que se operan en la idea política dominante, así como también por los hechos que se presentan en cada momento. Los requerimientos del bien común difieren según nos encontremos en un período de paz o de guerra, en una situación de crisis o estabilidad social, en una época de emergencia económica o de prosperidad.

El poder de policía es inalienable, en el sentido de que el gobierno no puede enajenar ni ser despojado de su titularidad y ejercicio. El ejercicio del poder de policía, que apunta a satisfacer el bien común, no puede dejar de pertenecer al Estado porque, precisamente, es uno de los medios fundamentales para que la organización política global cumpla con los fines que motivaron su creación. Ninguno de los órganos que conforman el gobierno puede ceder su cuota del poder de policía y restringir su potestad y deber de velar y satisfacer el bien común en una sociedad.

Esto no significa que, en algunos casos específicos, el gobierno no pueda delegar transitoria y parcialmente el ejercicio del poder de policía. Ello será posible siempre que la delegación esté avalada por la ley que definirá su objeto y alcances para el caso concreto.

Bajo tales condiciones, es factible la delegación del poder de policía en los municipios, juntas vecinales, comisiones y particulares para concretar su eficiente ejercicio. Pero, de todas maneras, lo que se podrá delegar es el ejercicio del poder y no su titularidad. Además, quien lo ejerza bajo tales circunstancias, lo hará en su calidad de agente del gobierno, sujeto al control de éste y con cargo de ajustarse estrictamente a las directivas gubernamentales.

## 165. Sistemas del poder de policía

Teniendo en cuenta la amplitud de los fines a que responde el ejercicio del poder de policía, se suelen distinguir dos sistemas: el europeo y el norteamericano.

En el sistema europeo, la tipificación del poder de policía está determinada, fundamentalmente, por la idea del orden público. El poder de policía tiene por finalidad mantener y proteger el orden público contra las perturbaciones y los ataques que puedan generar las exigencias individuales. Es función del Estado desarrollar una actividad que defienda el orden de la cosa pública y establezca restricciones a las libertades individuales.

En el sistema norteamericano, los fines del poder de policía se amplían considerablemente, sin quedar reducidos al concepto de orden público. El poder de policía no se limita a proteger el orden público, sino que se extiende a las medidas necesarias para promover el bienestar general y regular la vida social y económica en función del bien común de la sociedad. Esto, en modo alguno significa que pragmáticamente la intensidad y la extensión del poder de policía sean mayores en el sistema norteamericano que en el europeo en desmedro de la libertad individual.



Esto es así, por cuanto en el sistema norteamericano se ha entendido que el titular de una libertad, por más amplia que ella sea, sólo puede ejercerla bajo la condición de que su uso no sea perjudicial para el disfrute de la misma libertad que tienen los demás individuos, ni perjudicial para el bienestar general y el bien común de la sociedad. Pero ello en modo alguno puede desembocar en la negación de las libertades individuales o en la imposición a ellas de limitaciones carentes de razonabilidad.

El concepto de poder de policía expuesto por el sistema norteamericano es el que progresivamente aceptó nuestra Corte Suprema de Justicia mediante su aplicación a materias vinculadas con la salud, la moralidad, la seguridad pública, la economía y, en general, sobre aquellas que revistieran interés público. Sin embargo, a nuestro juicio, no siempre fueron debidamente respetados los límites que establece el art. 28 de la Constitución para el ejercicio del poder de policía y para toda manifestación del poder estatal, en salvaguarda de la finalidad personalista de la organización política.

Si bien el poder de policía no aparece expresamente mencionado en el texto de la Constitución, su contenido y finalidad emanan de varias disposiciones de la Ley Fundamental.

Así, en su Preámbulo se destaca que la Constitución fue dictada 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. El art. 14 dispone que el uso de las libertades constitucionales debe ser conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. El art. 19 declara exentas de la autoridad de los magistrados a las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero. El art. 75, inc. 18, asigna al Congreso la función de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, debiendo a tal efecto promover 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; todo ello mediante la sanción de leyes protectoras de tales fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. El art. 75, inc. 32, también atribuye al Congreso la función de hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes concedidos por la Constitución al gobierno. Asimismo, y con relación a las provincias, el art. 125 establece que promoverán su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, mediante leyes protectoras de tales fines y con sus recursos propios.

La amplitud del poder de policía resultante de las disposiciones constitucionales determina que su esfera de acción se extienda sobre el bienestar y la necesidad pública como conceptos que conforman la noción de bien común en un sistema político personalista.

En muchas oportunidades el ejercicio del poder de policía, particularmente por razones de emergencia económica o social en el marco de una política propia del Estado de bienestar, condujo a soluciones de dudosa constitucionalidad por la gravedad de las restricciones impuestas a las libertades individuales que, en más de una ocasión, llegaron al extremo fáctico de traducirse en un desconocimiento de ellas.

En 1922 la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la legislación que reglamentaba el precio de la locación de inmuebles(2), criterio del cual se apartó en 1926 por entender que, a ese momento, no era razonable mantener las restricciones extraordinarias impuestas por una legislación que había sido sancionada como medida excepcional para salvar una grave emergencia(3).

En 1934 la Corte Suprema declaró constitucional la legislación que había impuesto una moratoria hipotecaria(4). En su disidencia, el juez Roberto Repetto manifestó que "La emergencia no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad; sólo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente se hallen acordados en el instrumento constitucional".

La Corte Suprema avaló la prohibición del expendio de bebidas alcohólicas en los días domingo; la reducción de los alquileres y la prórroga de los contratos de locación; la paralización de los lanzamientos en los juicios de desalojo; la obligación de incluir espectáculos artísticos en las salas de programación cinematográfica; así como el aumento de los sueldos dispuesto por el gobierno.

También son sumamente amplias las restricciones a las libertades durante los procesos de "emergencia económica". Emergencias, generalmente provocadas por la ineptitud de nuestros gobernantes y que muchas veces fueron acentuados por la inexistencia de ideas democráticas para remediarlas. No cabe duda de que resulta más fácil gobernar de modo autoritario que respetar los principios democráticos de la Constitución. Es que para alcanzar soluciones eficaces para remediar una crisis en el sistema constitucional se requiere una cuota de talento, inteligencia y respeto que, frecuentemente, está ausente en los gobernantes por su desconocimiento —cuando no desprecio— por los valores liberales de la Ley Fundamental, tanto en el ámbito político, como en económico y social.

#### 166. Límites del poder de policía

Así como las libertades constitucionales no son absolutas, el poder de policía tampoco es absoluto ni ilimitado.

El poder de policía representa una limitación al interés individual o social establecida por razones serias y ciertas de convivencia y de bienestar general. El interés general que necesariamente debe presuponer el poder de policía justifica que el Estado imponga límites a las libertades individuales. Pero las restricciones a esas libertades individuales no pueden ser arbitrarias, o responder a una concepción social y política absolutista, porque ello importaría desconocer la esencia personalista de la Constitución.

Es cierto que el poder de policía está limitado por la razonabilidad de la convivencia social y del bienestar general, que son los mismos presupuestos que avalan la limitación constitucional de las libertades individuales, pero también es cierto que la invocación de tales valores puede conducir al absurdo del desconocimiento o desnaturalización de la libertad individual. En tal caso, nos enfrentaremos con otro de los límites impuestos al poder de policía, que surge del art. 28 de la Constitución Nacional.

Corresponde a los órganos políticos del gobierno determinar la existencia de las condiciones que avalan el ejercicio del poder de policía y los medios para alcanzar los fines generales que éste presupone. Pero, si bien la determinación de la necesidad de acudir a la regulación de policía es facultad privativa de los órganos políticos, corresponde al órgano judicial verificar, en cada caso concreto, la razonabilidad de las medidas adoptadas y si ellas no superan los límites contenidos en los arts. 19 y 28 de la Constitución. Ese control de constitucionalidad sobre el poder de policía permite preservar el equilibrio entre los intereses generales y los intereses individuales en una relación armónica.

El requisito de la razonabilidad excluye todas aquellas restricciones que cabe calificar como arbitrarias o caprichosas, así como también todas aquellas que son manifiestamente ineficaces o innecesarias para alcanzar los fines de interés general, o todas aquellas que se traduzcan en el hostigamiento u opresión de un individuo o grupo social determinado. Es, en definitiva, la regulación necesaria, indispensable y adecuada para satisfacer el bien común al momento de ser aplicada la norma de policía.

Esto significa que, si al momento de su aplicación, ya no se presentan los presupuestos fácticos que avalaban la restricción de una libertad, corresponderá al poder judicial dejar sin efecto aquellas limitaciones porque la ponderación de la razonabilidad no es una cuestión política exenta del control jurisdiccional.

A la razonabilidad se añade el principio de legalidad. Siempre, el ejercicio del poder de policía debe tener un fundamento legal que puede provenir, tanto de la Constitución, como de sus leyes reglamentarias. No puede haber limitación a los derechos desprovista de sustento legal, ya sea directo o indirecto. La limitación debe provenir de una ley o de una norma de jerarquía inferior que, a tales efectos, se base en una ley.

#### 167. Competencia de la Nación y las provincias en materia de poder de policía

El ejercicio del poder de policía corresponde a todos los entes gubernamentales creados por la Constitución y en el marco de las funciones específicas que les corresponden a cada uno de ellos. Por ser función de todo gobierno promover el bienestar general, mediante la regulación de la vida social y económica para satisfacer los requerimientos de la sociedad en orden al bien común, y velar por la vida, la salud, la moralidad, la propiedad y la seguridad de sus habitantes, el ejercicio del poder de policía es una potestad atribuida a la Nación, a las provincias y a los municipios.

Para deslindar el ejercicio del poder de policía entre la Nación y las provincias, corresponde tener presente que, en el sistema federal de Estado adoptado por la Constitución, las provincias conservan todo el poder no delegado en la Ley Fundamental al Gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado al tiempo de su incorporación al Estado nacional.

De acuerdo con este principio, el ejercicio del poder de policía corresponde primariamente a las provincias, y solamente puede ser ejercido por la Nación en los casos previstos en la Ley Fundamental como consecuencia de la delegación de los poderes provinciales. Asimismo, frente a una situación dudosa, la solución debe apuntar a reconocer la competencia de las provincias.

Sin embargo, el Gobierno nacional puede, en determinados casos, ejercer su poder de policía en el ámbito territorial de las provincias, y así excluir la aplicabilidad de la potestad local. Tal es lo que resulta expresamente del art. 126 de la Constitución, que veda a las provincias el ejercicio de los poderes delegados a la Nación.

Asimismo, y de manera implícita, el ejercicio del poder de policía está reservado a la Nación en todas aquellas materias sobre las cuales la Ley Fundamental le asigna competencia exclusiva, y cuando de manera uniforme se procura satisfacer una necesidad general sin alterar la esencia del régimen federal.

Por tratarse de una función concurrente, como resulta claramente de los arts. 75, inc. 18, y 125 de la Constitución, se plantea la cuestión consistente en determinar cuál es la solución aplicable cuando se opera una superposición jurisdiccional del poder de policía provincial y del de la Nación.

En cada caso concreto, corresponderá verificar si el ejercicio del poder de policía está destinado a satisfacer una necesidad genérica del país o un interés esencialmente local. Si la necesidad se relaciona con el bien común de toda la población y presenta características uniformes en todo el país, las provincias solamente podrán ejercer el poder de policía cuando no lo haga efectivo la Nación. Pero si en tales hipótesis la Nación hizo ejercicio de su poder de policía, las provincias no podrán interferir en la materia policial ya regulada.

En síntesis, como regla general, el ejercicio del poder de policía corresponde a la Nación y a las provincias en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, el ejercicio del poder de policía de la Nación se extiende al ámbito provincial y excluye al poder de policía local cuando: 1) La Constitución asigna el atributo exclusivamente a la Nación; 2) la Constitución prohíbe el ejercicio del poder de policía provincial sobre materias o cuestiones determinadas; 3) el ejercicio del poder de policía tiene por objeto promover el bienestar general en todo el país y satisfacer así una necesidad común a la población de todo su territorio.

#### 168. Legalidad

La legalidad, junto con la razonabilidad y la igualdad, es una de las condiciones fundamentales a las cuales está sujeta la validez de todas las limitaciones que se establecen a las libertades constitucionales.

El principio de legalidad constituye el rasgo distintivo por excelencia del Estado de Derecho. Significa que en el seno de una organización política global impera solamente la voluntad de la ley y no la voluntad de los gobernantes. Que toda decisión con la cual se pretenda imponer obligatoriamente una conducta determinada debe ser autorizada, en sus alcances y consecuencias, por una ley. Asimismo, también significa que las normas legales en un Estado de Derecho deben ser acatadas por igual, tanto por los gobernados como por los gobernantes.

Al condicionar la validez de las limitaciones que se impongan a la libertad constitucional, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los individuos, por cuanto nadie podrá ser sancionado en su persona o en sus bienes sino en virtud de una ley que así lo establezca.

El principio de legalidad, como especie del principio de juridicidad conforme al cual sólo son actos del Estado aquellos que se basan en una norma jurídica, ampara la libertad individual al requerir una razón suficiente para su limitación expresada en la Constitución, en una ley reglamentaria, decreto, ordenanza, edicto o cualquier acto gubernamental que, en su forma y esencia, se adecue a las prescripciones de la Ley Fundamental.

En numerosas oportunidades la Corte Suprema de Justicia destacó el valor esencial de la legalidad porque "so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, porque no sólo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan su potestad de dictar leyes en verdadero despotismo o den leyes injustas para usurpar otros poderes u oprimir la libertad y los derechos de los individuos del pueblo"(5) .

El principio de legalidad aparece claramente expuesto en el art. 19 de la Constitución, al disponer que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados y que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Al margen de esa disposición genérica, existen otras cláusulas constitucionales en las cuales aparece expuesto el principio de legalidad, como requisito que condiciona la validez de las limitaciones a la libertad.

Así, para promover los recursos del Gobierno federal, deben ser impuestos por ley los derechos de importación y exportación, la renta de correos, las contribuciones que se impongan a la población, los empréstitos y operaciones de crédito (art. 4º). La referencia a que las contribuciones deben ser establecidas por ley es reiterada por el art. 17 de la Constitución, y el ejercicio del poder impositivo se reserva al al Congreso (arts. 52 y 75, incs. 1º y 2º).

La expropiación por causa de utilidad pública, como limitación a la propiedad privada, sólo puede ser establecida por ley y previamente indemnizada (art. 17).

Los servicios personales sólo son exigibles en virtud de una ley o de una sentencia fundada en ley (art. 17).

El art. 18 de la Constitución establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley anterior al hecho de la causa. Una ley deberá determinar en qué casos y con qué justificativos podrá procederse al allanamiento y ocupación del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados.

El art. 14 dispone que será establecida por ley la reglamentación para el ejercicio de los derechos constitucionales, en tanto que queda entendido que ellos no podrán ser alterados por esa reglamentación legal (art. 28) y que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los individuos queden a merced de gobierno o persona alguna (art. 29).

El art. 32 prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

La obligación para todo ciudadano de armarse en defensa de la Nación y de la Ley Fundamental se hará efectiva conforme a las leyes que dicte el Congreso y a los decretos del Poder Ejecutivo (art. 21).

Corresponde al Congreso, por una ley especial, establecer la pena por el delito de traición, consistente en tomar las armas contra la Nación, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro (art. 119).

La inviolabilidad de la propiedad privada solamente cede en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17).

Todas estas cláusulas, al igual que otras de las cuales se deriva similar consecuencia, requieren indefectiblemente que las restricciones a las libertades constitucionales sean establecidas por una ley sancionada por el Congreso, cuyas cláusulas no pueden ser objeto de una interpretación extensiva sin vulnerar la esencia y finalidad personalista de la Ley Fundamental. Por igual razón, en aquellos casos que generen dudas sobre los alcances de una ley restrictiva para la libertad individual, su interpretación debe ser favorable al reconocimiento y no a la limitación de la libertad, por aplicación del principio in dubio pro libertate .

El principio de legalidad tiene particular importancia en materia penal y fue recogido en diversos documentos internacionales. Así el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Con mayor claridad aparece expuesto en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con motivo de la reserva formulada por el Estado Argentino. El art. 15 contiene dos incisos, el primero de los cuales tiene un contenido similar a la norma citada en el párrafo anterior. El segundo establece que "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Cuando el Pacto fue objeto de aprobación por la ley 23.313, en su art. 4º se estableció: "El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional".

Con semejante reserva resulta inviable desconocer el principio de legalidad mediante invocación del derecho o la costumbre internacional. Pese a ello, y sin que esa reserva mereciera consideración alguna, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Justicia desconoció expresamente el principio de legalidad en materia penal al decidir los casos "Arancibia Clavel"(6) , "Espósito"(7) y "Simón"(8) , lo que generó un peligroso precedente para nuestro orden institucional.

#### 169. Igualdad

Acertadamente, Robert Dahl destaca que, a lo largo de la historia, la afirmación de que los seres humanos debían ser considerados políticamente iguales fue muchas veces considerada como un disparate. A su vez, los gobernantes entendían que era una idea peligrosa y subversiva que debía ser eliminada. Sin embargo a partir del siglo XVIII, y con mayor ímpetu desde el siglo XIX, esa idea subversiva se convirtió en un lugar común. A tal punto que los gobiernos autoritarios, que en la práctica siempre rechazan la igualdad, integraron el concepto en forma pública en sus declaraciones ideológicas.

Pero como las ideas no se suprimen mediante la violencia, sino que se desarticulan con el debate, hoy día nadie niega que la igualdad es un presupuesto de la democracia. Dahl se pregunta ¿cómo alcanzarla y mediante qué instituciones?, y arriba a la conclusión de que una democracia ideal requiere, como mínimo, ciertas características: 1) Todos los ciudadanos deben tener oportunidades iguales y efectivas para hacer conocer sus puntos de vista sobre la política. 2) Igualdad de votación, donde cada ciudadano debe tener una oportunidad igual y efectiva de votar y que todos los votos deben ser iguales. 3) Cada ciudadano debe tener oportunidades iguales y efectivas de aprender sobre políticas alternativas relevantes y sus probables consecuencias, todo lo cual se traduce en la idoneidad del ciudadano. 4) Los ciudadanos deben tener la posibilidad de controlar a los gobernantes, con firmeza y sin temor. 5) Todo ciudadano debe tener derecho a participar en la vida política, previa búsqueda de un conocimiento iluminativo sobre los asuntos que atañen a toda la sociedad.

Pero, como reconoce Dahl, el concepto de igualdad democrática no puede desligarse del de libertad democrática. Son insolubles.

En un sistema democrático constitucional personalista, como el organizado por la Constitución Nacional, los conceptos de libertad e igualdad están indisolublemente ligados, si bien reflejan ideas diferentes.

Se trata de dos conceptos que son antitéticos y a la vez complementarios. La libertad es la energía natural que determina la acción social del hombre, sujeta a las limitaciones legales necesarias para proteger las libertades de los demás, posibilitar una relación social armónica y dar cumplimiento a los fines que motivan la creación de la organización política global. La igualdad es la nivelación externa de los hombres para el ejercicio de la libertad.

Si se pretende nivelar todas las desigualdades existentes entre los hombres, será necesario limitar sus libertades. Asimismo, si se pretende resguardar la libertad en sus más amplias expresiones, necesariamente se desembocará en el reconocimiento de las desigualdades humanas. En una proyección teórica, y en el marco de un gabinete de estudio, se puede afirmar que cuanto mayor sea la libertad menor será la igualdad y, viceversa, cuando más extensa sea la igualdad, más amplias serán las restricciones que se establecen para la libertad.

Esto impone la necesidad de precisar la relación armónica que debe mediar entre la libertad y la igualdad en un sistema personalista; en un sistema político donde su finalidad última no es precisamente la igualdad, sino la libertad, aunque no la libertad absoluta, sino la libertad con dignidad, una libertad que dignifica a la persona humana.

Así como la libertad constitucional es la libertad jurídica, la igualdad constitucional es también la igualdad jurídica y no la igualdad natural, especie esta última que no existe en el estado de naturaleza.

En el ámbito de la naturaleza, los seres humanos son esencialmente desiguales en su conformación física. El color de la piel, el sexo, el peso, las dimensiones, los rasgos, son algunos de los elementos físicos que evidencian la desigualdad. A ellos, en el curso de la vida, se añaden otros como la edad y la salud. Asimismo, en el marco de las relaciones sociales, se advierten nuevas desigualdades en la aptitud intelectual y capacidad moral de los individuos. Los seres humanos no son iguales sino, por el contrario, desiguales, en tanto presentan diferentes características físicas e intelectuales que gravitan sobre su desarrollo y tipifican su personalidad individual en las relaciones sociales.

La igualdad jurídica no propicia suprimir en forma absoluta las desigualdades naturales, pero tampoco aceptarlas en su totalidad, porque ello estaría gestando una igualdad meramente nominal que en ambos casos desnaturalizaría la libertad constitucional.

La igualdad constitucional no anula las diferencias que la naturaleza establece entre los seres humanos, porque ello importaría un trato igualitario ante distintas

circunstancias y situaciones, conduciendo paradójicamente a una desigualdad. La igualdad jurídica, traducida en la igualdad ante la ley, significa que todas las personas están reconocidas como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajo las mismas circunstancias y las mismas condiciones razonables frente al poder estatal.

Si bien la igualdad jurídica se atiene a la igualdad natural, procura compensar la desigualdad de condiciones en que se encuentran los hombres cuando ellas carecen de razonabilidad a los fines de su desarrollo, progreso y dignidad. Excluye solamente las diferencias arbitrarias que conducen a favorecer a unos en desmedro de otros.

Asimismo, y en el marco del constitucionalismo social, el Estado tiene el deber de fomentar la igualdad de oportunidades mediante la adopción de las medidas conducentes para que ciertos sectores sociales puedan acceder por sus propios méritos a escalas de nivel superiores a las que se encuentran. En otras palabras, para que exista la movilidad social que desarticula la estratificación social.

La igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias. Así, la igualdad supone la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición, porque lo contrario sería legalizar la desigualdad. A título de ejemplo, la ley autoriza a ejercer ciertas profesiones liberales solamente a todos aquellos que dan cumplimiento a determinadas condiciones intelectuales y éticas. Todos los hombres pueden aspirar a su ejercicio, pero solamente lo podrán hacer efectivo aquellos que cumplan con iguales requisitos de idoneidad establecidos por la ley.

Aceptar la legalidad de las discriminaciones razonables no importa vulnerar el principio de la igualdad jurídica. Una discriminación basada en iguales razones técnicas o de idoneidad objetiva no es contraria a la regla de la igualdad. La Constitución no impide al legislador que establezca discriminaciones con respecto a cosas, personas o situaciones que son diferentes, es decir, carentes de igualdad, siempre que ellas tengan un fundamento razonable y no resulten manifiestamente arbitrarias.

La relación armónica entre la libertad y la igualdad impone recordar que jurídicamente no puede haber libertad absoluta, ni tampoco igualdad absoluta. La igualdad absoluta no solamente desconoce las desigualdades naturales de los hombres, sino también importa anular la esencia de la libertad.

Además, la igualdad constitucional, que se traduce en la igualdad ante la ley, con la consecuente obligación para el Estado de asegurar un trato igualitario de los individuos en sus relaciones con el poder, no se traslada necesariamente al ámbito de las relaciones sociales particulares que no afectan el orden público, ni la moral pública o las buenas costumbres. Caso contrario, se estará vulnerando el ejercicio razonable de la libertad. Así, son aceptables las discriminaciones políticas, sociales, religiosas, por razones de nacionalidad, sexo o posición económica que establezcan los particulares para participar en determinadas asociaciones, clubes, colegios,

empresas u otros emprendimientos, siempre que ellas no generen un perjuicio para el orden público, o que sean manifiestamente arbitrarias.

El principio constitucional básico en materia de igualdad resulta del art. 16 de la Ley Fundamental, que prohíbe las discriminaciones por razones de sangre o de nacimiento, desconoce los fueros y los títulos nobiliarios, proclama que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad, y concluye señalando que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Pero la referencia constitucional no se agota con el art. 16, pues existen otras disposiciones complementarias que, en forma expresa o implícita, desarrollan el principio de la igualdad.

Así, el art. 15 prohíbe la esclavitud y todo contrato de compraventa de personas.

El art. 14, en forma igualitaria, reconoce las libertades constitucionales a todos los habitantes del país.

El art. 20 extiende a los extranjeros el reconocimiento de todas las libertades civiles de los ciudadanos, enunciando la de ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes.

El art. 14 nuevo, incorporado en 1957, asegura a los trabajadores igual remuneración por igual tarea.

El art. 4º dispone que las contribuciones directas que imponga el Congreso deben ser proporcionales. El art. 75, inc. 2º, establece que las contribuciones directas que imponga el Congreso deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.

El art. 8º afirma que los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás provincias.

El art. 37 establece la igualdad del voto, y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a los cargos públicos y partidarios.

El art. 75, inc. 19, dispone que la legislación nacional que organice la educación debe asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

El art. 75, inc. 23, establece que corresponde al Congreso promover medidas legislativas que garanticen la igualdad real de oportunidades y el ejercicio de los derechos constitucionales, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y discapacitados.

Aplicando las normas constitucionales, la Corte Suprema de Justicia, en numerosos pronunciamientos, destacó que la garantía del art. 16 de la Ley Fundamental otorga amplia libertad al legislador para ordenar y agrupar, distinguiendo y

clasificando los objetos de la legislación. Pero la validez de estas catalogaciones está condicionada a que emanen de causas objetivas o razones sustanciales, para evitar toda disparidad o asimilación injustas, a las que conducirían criterios arbitrarios de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución<sup>(9)</sup>.

Para que exista violación al principio de igualdad ante la ley, "no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria"<sup>(10)</sup>.

La prohibición de ejercer la docencia en establecimientos privados impuesta a los extranjeros importa una discriminación vedada por el art. 20 de la Constitución porque, "Si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan, esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada"<sup>(11)</sup>.

La doctrina "Repetto" fue aplicada por la Corte Suprema para permitir el acceso de los extranjeros, no sólo a los empleos privados, sino también públicos. En el caso "Calvo y Pesini"<sup>(12)</sup> el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma de la provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente en un hospital público.

En el caso "Hooft"<sup>(13)</sup>, resuelto el 16/11/2004, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que exige, para ser juez de cámara, ser argentino nativo o por opción excluyendo a los argentinos naturalizados, por considerar que el precepto violaba el principio de igualdad ante la ley. El Alto Tribunal entendió que el requisito era irrazonable considerando que no está previsto para quienes pretenden acceder a la magistratura de primera instancia, que desempeñaba el accionante, máxime al tener en cuenta que en ambos casos se juzga sobre la vida, la libertad y la propiedad de las personas y se ejerce el control de constitucionalidad confiado por la Ley Fundamental a todos los jueces, ya sean nacionales o provinciales.

En preservación del principio de igualdad, la Corte Suprema dispuso que importaría avalar una discriminación arbitraria e irrazonable desconocer la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba al transformar, el Colegio Nacional de Monserrat, en un establecimiento de educación mixta<sup>(14)</sup>.

Lesiona el principio de igualdad la decisión normativa provincial que impone el límite de 75 años para ejercer la función notarial ya que, "sin razón atendible, se ha establecido una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos"<sup>(15)</sup>.

Al decidir el caso "Gottschau"<sup>(16)</sup>, la Corte Suprema resolvió que era inconstitucional la norma del Reglamento de Concursos para la selección de

secretarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que exige el requisito de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de secretario de primera instancia. Destacó que, sin perjuicio de la importancia que revisten las funciones correspondientes a ese cargo, no importan el ejercicio de la función judicial o jurisdiccional. Mediante una interpretación sistemática basada sobre los arts. 16 y 20 de la Constitución, sostuvo que toda discriminación entre nacionales y extranjeros se presume inconstitucional, a menos que se acrediten circunstancias razonables que justifiquen la distinción.

En el caso "R.A.D. c. Estado Nacional"<sup>(17)</sup>, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en el decreto 432/97 que impone, a los extranjeros, una residencia mínima y continuada en el país de veinte años, para acceder a la pensión por invalidez. Consideró que ese lapso importaba un desconocimiento del derecho a la seguridad social en la medida que la peticionaria cumplía con todos los restantes requisitos exigidos por la ley para acceder a ese derecho. Reiteró que el trato diferenciado entre nacionales y extranjeros acarrea una presunción de discriminación arbitraria.

Argumentos similares se emplearon en el caso "Mantecón Valdés"<sup>(18)</sup>, al descalificar la validez de una resolución por la cual se exigía la nacionalidad argentina para participar en un concurso destinado a cubrir un cargo de auxiliar en la Corte Suprema de Justicia.

En cambio, la Corte Suprema no consideró irrazonable la limitación que, por razones de edad, se impone para el ejercicio de la docencia universitaria, con prescindencia del principio de idoneidad<sup>(19)</sup>. Consideramos que semejante doctrina avala una discriminación arbitraria en función de la edad, desprovista de toda razonabilidad científica.

Las políticas instrumentadas por los gobiernos en resguardo del principio de igualdad no han sido lo suficientemente intensas como para calificarlas de satisfactorias en función del bien común. Muchas veces se optó por la vía más sencilla de otorgar ciertos beneficios materiales de escasa significación, con fines electorales, o bien a instituir medidas que importan establecer una igualdad "hacia abajo", en vez de promover el desarrollo de las energías necesarias que permitan a las personas alcanzar niveles superiores —tanto materiales como espirituales— mediante su propio esfuerzo. Un desafío acorde a la dignidad que merece el ser humano.

El concepto rector de igualdad que comparte la Corte Suprema, en su actual composición, es: "El sentido de la igualdad democrática y liberal es el derecho a ser diferente, pero no puede confundirse nunca con la igualación, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales"<sup>(20)</sup>.

170. Prerrogativas de sangre y nacimiento

El art. 16 de la Constitución establece que no se admiten las prerrogativas de sangre, de nacimiento, ni los títulos de nobleza.

En un sistema político democrático constitucional, donde la igualdad jurídica procura reflejar la igualdad natural de oportunidades para los hombres, toda diferenciación legal que se establezca entre ellos o toda prerrogativa legal que se les conceda con motivo de su nacimiento resultan arbitrarias e irrazonables. La circunstancia de que algunos hombres posean cualidades físicas o intelectuales que les permitan afrontar la vida social bajo mejores condiciones que los demás en modo alguno justifica que la ley les dispense un tratamiento diferencial por el hecho de su nacimiento, ya sea preferente o restrictivo de sus libertades.

Una clara aplicación de estas conclusiones está expuesta en el art. 15 de la Constitución, que, reproduciendo el ideal reflejado en los documentos constitucionales sancionados a partir de 1810, establece: "En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".

Otro tanto acontece con la situación constitucional de la población indígena que, sin perjuicio de la referencia a ellos contenida en el art. 75, inc. 17, de la Ley Fundamental, están equiparados a todos los habitantes del país. Así lo dispusieron, en su momento, el decreto del 1/9/1811 de la Junta de Gobierno, el decreto del 12/3/1813 de la Asamblea Constituyente y el art. 128 de la Constitución de 1819.

La Asamblea de 1813 dispuso, el 21 de marzo de ese año, la extinción de los títulos nobiliarios y la fundación de mayorazgos. Luego, el 26 de octubre, hizo lo propio con los escudos de armas y las distinciones nobiliarias. La Constitución de 1819 prohibió la concesión de títulos de nobleza, y también lo dispuso la Constitución de 1826.

La nobleza como grupo social reconocido legalmente y portador de privilegios y prerrogativas constituyó el estamento social generado por el feudalismo y que conformó el sustento político de la estructuración vertical de los regímenes monárquicos. Su función política comenzó a diluirse en el siglo XIX y, virtualmente, fue suprimida al concluir la Primera Guerra Mundial. Sólo subsistió, y subsiste, como una categoría social desprovista de privilegios y prerrogativas y carente de toda función política. Es un resabio histórico, tradicionalista, existente en Europa y en varias naciones asiáticas.

La cláusula constitucional prohíbe otorgar distinciones o prerrogativas legales por razones de sangre o nacimiento, pero no impide el uso de títulos nobiliarios —auténticos o no— en el ámbito de las relaciones sociales, aunque semejante uso nos resulte estrafalario.

#### 171. Discriminación arbitraria

Consideramos que todo tratamiento desigual dispensado a una persona o grupo de personas, ya sea por el Estado o los particulares, vulnera el principio de igualdad impuesto por la Constitución si constituye una discriminación arbitraria. La discriminación, por sí sola, es insuficiente. Además, debe ser arbitraria para ser pasible de una sanción legal.

Sobre la base de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el 3 de agosto de 1988 fue sancionada la ley 23.592, que contiene una norma de naturaleza civil y otra de carácter penal.

La primera (art. 1º) califica como acto ilícito civil todo impedimento, obstrucción, restricción o menoscabo que altere arbitrariamente el ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías constitucionales. Asimismo, otorga al damnificado el derecho a requerir que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a demandar la indemnización del daño moral y material que se le hubiera ocasionado. Su aplicación requiere que el acto constituya: 1) Una discriminación arbitraria; 2) un menoscabo para el ejercicio de los derechos constitucionales.

La segunda (art. 2º) eleva —en un tercio el mínimo y en un medio el máximo— la escala penal de todo delito reprimido por la ley cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Añade una figura penal por la cual se reprime, con prisión de un mes a tres años, a quienes participen en una organización o realicen propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma (art. 3º). Igual pena se deberá aplicar a quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

La ley sanciona cualquier tipo de discriminación arbitraria citando, a título de ejemplo, los actos u omisiones determinados por motivos raciales, religiosos, de nacionalidad, ideológicos, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social y caracteres físicos (art. 1º).

En 1995, mediante la sanción de la ley 24.515 fue creado el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Se trata de un organismo administrativo descentralizado que funciona en la órbita del Poder Ejecutivo nacional. Su objeto consiste en elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo, ejecutando las acciones necesarias a tal fin. Debe difundir los principios de la ley 23.592; realizar campañas educativas; recibir, centralizar y registrar denuncias por violaciones a esa ley; asesorar y patrocinar gratuitamente a las personas discriminadas; constatar la presencia en el país de personas que, durante la Segunda Guerra Mundial o con posterioridad a ella, participaron en el exterminio de pueblos, o en la muerte y persecución de personas o grupos de personas debido a su raza, religión, nacionalidad u opinión política y promover contra ellas las acciones judiciales y administrativas que correspondan.

Sin perjuicio del loable fin perseguido por la ley 23.592, que resulta de una interpretación sistemática de nuestro texto constitucional —entre otros, los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 20, 75 inc. 18 y 125—, y de nuestra condena a toda forma de discriminación racial, religiosa, social o política, consideramos que las normas citadas no son aplicables cuando se emiten ideas que, sobre la base de estudios científicos, sostienen las características en ciertas áreas de algunos grupos raciales o sociales, sin incitar a la discriminación o a la violencia racial. Asimismo, la emisión de ideas raciales, religiosas, políticas o sociales es lícita, a menos que ellas propicien una discriminación arbitraria o configuren una apología del delito o del delincuente.

Tampoco configuran actos de discriminación arbitraria condicionar el ingreso a colegios confesionales a la pertenencia a determinada religión; requerir cierta ascendencia étnica para formar parte de asociaciones basadas en comunidades nacionales o regionales; negar la incorporación de los varones a entidades constituidas exclusivamente para mujeres, o viceversa; imponer determinada vestimenta para ingresar a ciertos establecimientos educacionales privados; adoptar medidas brindando un trato preferencial a ciertos grupos sociales que, por sus propios medios, no pueden acceder a ciertas categorías como la del estudiante universitario o propietario de una vivienda. En todos estos casos, como en muchos más, la discriminación que se opera no puede ser tildada de arbitraria.

Los riesgos de incurrir en arbitrariedad al tipificar como arbitrarias ciertas discriminaciones son notorios. El límite puede ser muy tenue.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil consideró que una empresa había incurrido en discriminación arbitraria contra las mujeres por la manifiesta desproporción que tenía entre empleados mujeres y varones, y su predisposición a contratar varones para tareas que podían ser perfectamente desempeñadas por las mujeres(21) . También que había discriminación arbitraria porque la propietaria de un inmueble había decidido no suscribir un contrato de locación al enterarse de que los futuros inquilinos eran judíos, al tiempo que había manifestado a la titular de la inmobiliaria que tampoco aceptaba que sus locatarios fueran chinos, coreanos u homosexuales(22) . Otro tanto, respecto de un establecimiento comercial público, cuyo gerente dispuso la expulsión de dos menores de edad por entender que estaban desplegando actitudes sospechosas que imponían de su parte una conducta preventiva para evitar robos o hurtos, aunque no pudo acreditar que se habían producido tales actitudes(23) .

Si no preservamos un equilibrio razonable en esta materia, asumimos el riesgo de considerar condenable u opinable la conducta de quien invita a retirarse de un establecimiento público a una persona porque su cuerpo está cubierto sólo por ropas íntimas o desnudo o con una vestimenta indecorosa, o porta leyendas que desacreditan al establecimiento o propias del proselitismo político, o distribuye panfletos o publicidad, o se encuentra en estado de ebriedad o cuasi ebriedad, o por consumir estupefacientes, o por manosear artículos comerciales con los cuales el contacto físico está vedado, o si solicita limosna, o incurre en comportamientos lesivos para los restantes clientes o el personal del local. En definitiva, esa amplia

gama de motivos razonables resultantes del art. 19 de la Constitución: acciones que ofenden al orden y la moral pública en función de la idea social dominante, o perjudiquen los derechos de terceros —incluidos los propietarios y empleados del lugar— o estén prohibidas por la ley.

#### 172. Fueros personales y fueros reales

El art. 16 de la Constitución prohíbe los fueros personales. Se entiende por tales a los privilegios concedidos por la ley a ciertas personas o a un grupo social, en virtud de los cuales quedan sometidos a un ordenamiento jurídico diferente para regular las mismas relaciones sociales que se entablan entre los restantes integrantes de la sociedad. Asimismo, se las somete a una jurisdicción especial integrada por sus pares para el juzgamiento de sus conductas, cualquiera sea su ámbito de manifestación.

Se trataba de privilegios propios de sociedades políticas estamentales inconciliables con el principio de la igualdad resultante de las formaciones republicanas. Entre ellos, se destacaban el fuero nobiliario, el fuero militar, el fuero eclesiástico y el fuero universitario. Todos ellos, en su carácter de fueros personales, fueron prohibidos por el art. 16 de la Ley Fundamental.

La cláusula constitucional, tal como lo destacó Benjamín Gorostiaga en el curso del debate producido el 25/4/1853 en el Congreso General Constituyente, excluye de la prohibición los fueros reales o de causa.

Los fueros reales, que no constituyen un privilegio personal, son concedidos por la naturaleza de los actos o de las cosas y no de las personas. Se establecen en beneficio y consideración de una institución o de un interés institucional, con efectos limitados a la causa de su implantación. Las personas alcanzadas por un fuero real no lo son a título personal, sino con motivo de formar parte de una institución y a raíz de actos que, por su naturaleza, están relacionados con el normal funcionamiento de tales instituciones.

Tal es lo que acontece con el moderno fuero militar que, de la categoría de los fueros personales, pasó a integrar la de los fueros reales con motivo de la tipificación legal que le fue acordada. Su establecimiento procura preservar la disciplina especial que debe existir en las fuerzas armadas, y cuya validez se basa en las disposiciones contenidas en el art. 75, inc. 27, de la Constitución. Su vigencia solamente se extiende a los delitos cometidos con motivo de actos de servicio que afectan la existencia de la institución militar. Quedan excluidos los delitos comunes que involucran a integrantes de las fuerzas armadas y cuya comisión no se concretó con motivo de la prestación de un acto de servicio. Ellos están sujetos a la jurisdicción penal ordinaria, sin perjuicio de las sanciones administrativas aplicables en el área militar.

Las sentencias que dictan los tribunales militares con motivo de la comisión de un hecho delictivo siempre son susceptibles de revisión judicial. En principio, no acontece lo propio cuando se trata de sanciones aplicadas por infracciones



disciplinarias, a menos que se acredite su arbitrariedad o la manifiesta lesión del principio del debido proceso legal.

Algo similar acontece con la prerrogativa concedida a los legisladores por el art. 69 de la Constitución que, debido a su carácter real, es irrenunciable. En este caso, la prerrogativa reside en que, para el juzgamiento de un legislador, se impone su previo desafuero que es decidido por sus pares integrantes de la cámara a que pertenece (art. 70 CN).

La Corte Suprema tiene resuelto que son admisibles los cuerpos jurisdiccionales establecidos por ley en forma razonable, y declaró la constitucionalidad del art. 47 de la ley 14.455 que facultaba al Consejo Nacional de Relaciones Profesionales para decidir sobre los hechos o actos denunciados como prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales de trabajo(24) .

Una situación particular se planteó con la ley 20.615 de Asociaciones Profesionales. Su art. 58 establecía que los delegados gremiales no podían ser procesados en sede penal ni arrestados sin que mediara decisión de juez competente salvo que fueran sorprendidos in fraganti en la comisión de un delito sancionado con las penas de reclusión o prisión. El art. 59 añadía que los jueces no podían dar curso a una querrela que persiguiera la sanción de un dirigente gremial, sin el previo pronunciamiento del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales que suspendiera al acusado en el goce de la protección acordada en el art. 58.

Linares Quintana se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma, pues la instancia de antejuicio que establecía importaba un fuero personal: "Tal privilegio personal de los dirigentes gremiales excede en mucho el fuero real que la Constitución crea expresamente para los legisladores, ya que éstos únicamente no pueden ser arrestados, pero sí en cambio procesados, sin el previo desafuero de la Cámara respectiva, mientras que los dirigentes sindicales ni siquiera pueden ser procesados sin la previa decisión, en favor del procesamiento, de un tribunal administrativo".

Dicha norma fue declarada inconstitucional por el fuero laboral nacional. Finalmente, la ley 21.261 derogó los arts. 68 y 59 de la ley 20.615 al considerar que el fuero gremial establecido constituía un fuero personal vedado por la Constitución. Posteriormente la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 57 de esa ley que sancionaba el despido de un dirigente sindical sin la previa intervención del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales. La sanción importaba la nulidad de las medidas disciplinarias aplicadas al dirigente sindical. La Corte expresó que "tratándose del poder disciplinario que el empleador invoca haber ejercido legítimamente a causa de la injuria del empleado —despido por haber agredido a un compañero de trabajo— la exigencia del art. 57 de la ley 20.615, y la nulidad que prevé por falta de la intervención previa de un órgano administrativo con competencia nacional no se exhibe como una razonable imposición"(25) .

Fuera del caso de los fueros reales, que deben tener sustento constitucional, todos los habitantes del país están sometidos a las mismas leyes y a los mismos jueces.

Asimismo, la interpretación de los fueros reales debe ser restrictiva y nunca extensiva a situaciones no previstas por la Constitución.

### 173. Igualdad fiscal

La igualdad, como base del impuesto y de las cargas públicas, establecida por el art. 16 de la Constitución y reiterada en los arts. 4º y 75, inc. 2º, significa que el tributo debe ser igual para todos los habitantes del país que se encuentren en las mismas condiciones, ante iguales circunstancias y con igual capacidad tributaria. Principio aplicable a cualquier clase de contribución fiscal: impuestos, tasas, contribuciones, derechos de aduana y restantes.

Las desigualdades económicas o de capacidad productiva existentes entre las personas pueden justificar un tratamiento normativo diferente para los contribuyentes mediante la creación de categorías que deberán estar sujetas a las siguientes condiciones:

1. La distribución de los contribuyentes en categorías que generan distintos efectos impositivos debe corresponder a diferencias reales y razonables. Esas diferencias existentes entre los contribuyentes justifican que éstos queden sujetos a un diferente tratamiento fiscal siempre que revista razonabilidad. Esas diferencias son de carácter económico y están vinculadas con la capacidad productiva, la riqueza, la capacidad de consumo o de ahorro, pero también pueden estar determinadas por razones de índole social, regional, promocional o cultural destinadas a satisfacer el bien común y siempre que no conduzcan a agravar sin justificación racional la situación del contribuyente.
2. La creación de las categorías impositivas no puede estar basada en una discriminación arbitraria, hostil o injusta en perjuicio de determinadas personas o grupos sociales.
3. Todos los contribuyentes incorporados a una categoría determinada deben ser objeto del mismo tratamiento fiscal.
4. La contribución impuesta a las personas debe ser proporcional a su capacidad económica o contributiva.
5. El trato diferencial debe ser razonable y traducido en una equitativa igualdad.
6. El trato diferencial a que son sometidos los contribuyentes debe ser general y uniforme.

Tales condiciones que, en principio tendrían que ser absolutas, no siempre lo son debido a los excesos en que a veces incurre el legislador para proveer recursos al tesoro nacional, provincial o municipal, que generan situaciones manifiestamente injustas a la luz de un criterio subjetivo como es el sentido común. Así, se cuestiona el impuesto sobre los bienes personales en cuanto importa una suerte de castigo para el ahorro, o la utilización de tales bienes para producir fuentes de trabajo e incrementar la actividad industrial, comercial o de prestación de servicios. Otro tanto respecto del "impuesto al trabajo", que grava los beneficios obtenidos

mediante el esfuerzo y la creatividad personal. Las limitaciones impuestas, respecto del impuesto a las ganancias, para deducir gastos imputados a preservar la salud del generador del impuesto, cuando esa limitación no existe si se trata de gastos destinados a reparar maquinarias e instrumentos materiales de trabajo.

#### 174. Los cargos públicos y la idoneidad

El art. 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes del país son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad.

La idoneidad consiste en la aptitud intelectual, física y moral que tiene una persona para desempeñar con eficiencia un cargo público.

Todos los habitantes de la Nación están en un plano de igualdad para acceder a los cargos públicos, siempre que reúnan las condiciones subjetivas y objetivas de idoneidad establecidas por la Constitución y, en ciertos casos, por sus leyes reglamentarias.

Algunas de esas condiciones para acceder a determinados cargos están previstas por la propia Constitución. Tal es lo que ocurre con los requisitos exigidos para acceder al cargo de diputado nacional (art. 48), senador nacional (art. 55), presidente y vicepresidente (art. 89) y juez de la Corte Suprema de Justicia (art. 111). Esas condiciones no pueden ser ampliadas legislativamente.

Otras emanan de las normas reglamentarias que, sin alterar las condiciones establecidas por la Constitución, pueden regular todas aquellas que se relacionen con el concepto de idoneidad y establecen incompatibilidades que no serán condiciones propiamente dichas. Así, se puede vedar el acceso a los cargos públicos previstos por la Constitución a todas aquellas personas que han sido condenadas por la comisión de un delito que ponga en evidencia la inexistencia de la idoneidad, y siempre que el impedimento sea razonable en su naturaleza y duración.

Para los cargos públicos que no estén previstos en la Constitución, en orden a las condiciones para acceder a ellos, tanto el órgano legislativo como el ejecutivo y el judicial pueden establecer los requisitos de idoneidad respecto de aquellos que están bajo sus respectivas dependencias, siempre que la creación del cargo no esté constitucionalmente asignada a otro órgano.

El requisito de la idoneidad que el art. 16 de la Ley Fundamental establece en un plano de igualdad para todos los habitantes del país constituye una de las innovaciones más sugestivas adoptadas por los constituyentes de 1853/60. No se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos ni en nuestros antecedentes constitucionales. Tampoco fue contemplado por Alberdi al elaborar su proyecto de Constitución.

En la concepción doctrinaria de la Constitución, el recaudo de la idoneidad está consustanciado con el sistema republicano, donde la discrecionalidad propia de los sistemas autoritarios cede frente a la razonabilidad resultante de la aptitud física e intelectual.

La Constitución, con algunas excepciones (arts. 48, 55, 89 y 111), no establece los contenidos de la idoneidad. Esa imprevisión constitucional no es un defecto, sino una virtud, por cuanto su forma y modalidades están sujetas a las modificaciones que genera el dinamismo de la vida social y que tornan sumamente inconveniente que la Constitución las consolide mediante el detalle de sus alcances y contenidos.

Pero esa imprevisión constitucional en modo alguno puede interpretarse como una traba para su reglamentación normativa. Por el contrario, la exigencia constitucional y la potestad reglamentaria conferida a los órganos gubernamentales en sus ámbitos correspondientes de competencia autorizan la determinación razonable y objetiva del contenido que debe tener la idoneidad, cuando no están determinados en la Ley Fundamental.

Sin embargo, esa reglamentación debe ser efectuada con particular prudencia y razonabilidad, para evitar que un eventual exceso doctrinario conduzca a la desnaturalización del texto y espíritu republicano de la Constitución. Excesos doctrinarios, basados sobre mezquinas pasiones políticas, determinaron prejuicios sociales para erradicar de la vida pública a quienes colaboraron con el régimen rosista hasta 1852, o con el régimen peronista hasta 1955. Otro tanto, la negativa de la Cámara de Diputados en 1999 para la incorporación del diputado electo Antonio D. Bussi y, en 2005, del diputado electo Luis Patti.

Como la razonabilidad no puede imperar cuando se impone la pasión, hemos visto que, para acceder a cargos públicos y universitarios, se exigió la afiliación al partido justicialista (1950), se vedó el acceso a dichos cargos a quienes habían colaborado con el régimen peronista (1955), otro tanto a quienes integraron el régimen de 1976/83 particularmente desde 2003, al negar el acceso al cargo de diputados nacionales de integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad en retiro (2001 y 2005). Es cierto que tales medidas no fueron impuestas legislativamente, pero elípticamente su razonabilidad fue convalidada por los órganos legisferantes, ejecutivos y judiciales.

La idoneidad del art. 16 básicamente debe ser apreciada por el pueblo. Si el pueblo es el titular del poder en una República, él debe tener la capacidad y templanza suficientes para determinar la idoneidad de sus gobernantes al momento de su elección. En vez de apuntar a la idoneidad de los gobernantes, ¿no tendríamos que hacer un esfuerzo similar o mayor respecto de la idoneidad de los ciudadanos? No mediante la reglamentación legal, sino con la educación cívica y el incremento cultural basado en los valores del espíritu. Bien dice Dahl que una democracia ideal presupone la adquisición del conocimiento iluminativo; "cada miembro tendrá oportunidades iguales y efectivas de aprender sobre políticas alternativas relevantes y sus consecuencias probables". En síntesis, se trata de la educación para la libertad a la cual hemos hecho referencia.

Esa reglamentación legislativa del principio de idoneidad resulta inadmisibles cuando la Constitución establece las condiciones que se deben cumplir para acceder a los cargos de diputado, senador, presidente, vicepresidente y juez de la Corte Suprema de Justicia. En estos casos, a quien le corresponde juzgar la

idoneidad es a los ciudadanos en el acto del comicio o, en el caso de los jueces de la Corte, al presidente y a los senadores en el acto del nombramiento.

#### 175. Derechos de los pueblos indígenas

Linares Quintana sostiene que "Por lo que se refiere a la condición constitucional y legal de los indios, son éstos habitantes argentinos, con los mismos derechos y los mismos deberes que el resto, no correspondiendo hacer al respecto diferencia o discriminación alguna, ya que no solamente ella no resulta autorizada por la Constitución sino absolutamente prohibida, en virtud de que la ley suprema establece, como ya hemos visto, en su art. 16, que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales, ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley".

Es evidente que las leyes de Indias impusieron un trato humanitario y el debido respeto a las razas autóctonas. Muchas de ellas fruto de la gravitación que tuvo sobre la Corona el pensamiento de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Juan de Mariana. Pero también es cierto que muchas de ellas fueron rectificadas en la práctica en el afán de la conquista, debido "a la distancia, por las condiciones del medio y la incapacidad de capitanes y funcionarios para comprender y traducir en hechos los elevados propósitos de monarcas y asesores"(26) .

La integración entre los conquistadores —cuando dejaron de ser tales— y la población indígena fue manifiesta. Concretada a lo largo de los siglos en el Virreinato del Río de la Plata, se reflejó en los primeros documentos jurídicos dictados después de la Gesta de Mayo. Por decreto del 1º de septiembre de 1811 la Junta Grande abolió los tributos que debían pagar los indios. En sus fundamentos expresaba: "nada se ha mirado con más horror desde los primeros momentos de la instalación del actual gobierno como el estado miserable y abatido de la desgraciada raza de indios. Estos nuestros hermanos, que son ciertamente los hijos primogénitos de la América, eran los que más excluidos se hallaban de todos los bienes y ventajas que tan libremente había franqueado a su suelo patrio la misma naturaleza; y hechos víctimas desgraciadas de la ambición, no sólo han estado sepultados en esclavitud ignominiosa, sino que desde ella misma debían saciar con su sudor la codicia y el lujo de los opresores".

La Constitución de 1819 establecía que "siendo los indios iguales en dignidad y derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado" (art. 129).

Este conjunto de normas ponía en evidencia la aspiración por consolidar la integración social, a punto tal que la referencia peyorativa hacia los "criollos" antes de 1810 proveniente de aquellos españoles que ignoraban o despreciaban el mensaje de la escolástica en modo alguno fue sustituido por otra que hiciera referencia al "mestizaje", como aconteció en otros países americanos.

Es cierto que durante el proceso que medió entre 1810 y 1853 —y hasta más de dos décadas después— hubo intensos y sangrientos enfrentamientos entre la población nativa y quienes habían fomentado nuevos valores culturales basados sobre la libertad, dignidad y el progreso. Pero también es cierto que ellos importaron una historia escrita con sangre y lágrimas, un drama reproducido no sólo por la muerte, en combate o en asaltos a estancias, poblaciones o carruajes de pasajeros o de carga, sino además a causa del cautiverio a que eran sometidos los prisioneros de los salvajes, tratados como esclavos en las tolderías o sujeto a servir de mercancía para lucrar con sus rescates o con el comercio que de ellos hacían las tribus entre sí.

Ruiz Moreno, con sólidos argumentos, cuestiona que Juan de Manuel de Rosas fuera el artífice de la campaña del Desierto en 1833, en cuanto a la estrategia militar. Citando a un adversario intransigente de Rosas —el general Tomás de Iriarte— menciona una referencia contenida en sus Memorias: "Los indios, conociendo su excesiva debilidad, abandonaron sus tolderías y huyeron despavoridos a buscar un abrigo que los pusiese a cubierto de tan encarnizada persecución, pues los triunfos de Rosas estuvieron reducidos a una sangrienta carnicería de indios, a inmolar sin piedad y sin riesgo a cuantos infelices indígenas caían en sus manos". Juicio que parece estar avalado por las instrucciones impartidas por Rosas al coronel Pedro Ramos el 27 de mayo de 1833: "No conviene que al avanzar una toldería traigan muchos prisioneros vivos: con 2 o 4 hay bastantes y si más agarran, esos allí en caliente nomás se matan a la vista de todo el que esté presente, pues que entonces en caliente nada hay extraño, y es lo que corresponde. Pero estos prisioneros no se descuide con ellos: si alguno es de una importancia tal que yo hable con él, mándemelo; pero si no, lo que debe Ud. hacer es luego que enteramente no los necesite para tomarles declaraciones, puede hacer al marchar un día, quedar atrás una guardia bien instruido el jefe encargado, que me parece puede para esto ser bueno Valle, quien luego que ya no haya nadie en el camino, los puede ladear al monte y allí fusilarlos".

Pero, es cierto que la campaña de 1833 no acarreó los resultados esperados pues, al año siguiente, recrudescieron los malones. "Tras una temporada en Chile para recuperarse, los caciques Yanquetruz y Chocorí volvieron a cometer las depredaciones usuales (...). Luego de la campaña realizada, el general Rosas calculó que le sería más cómodo y fácil entenderse con un solo cacique, que con varios, y en consecuencia gestionó exitosamente el traslado desde el otro lado de los Andes, del futuro gran cacique Juan Calvucurá. Éste se presentó ante la tribu de los boroganos o vorogas que comandaba el cacique Rondeau en Masallé, y tras pasar a cuchillo al jefe y a sus capitanejos, estableció un verdadero imperio en Salinas Grandes, con 2.000 lanceros, que llegó a dominar a 13.000 almas. Fue un Estado independiente dentro de la Confederación Argentina; una peligrosa rémora para su expansión y progreso, con toda la secuela de horribles episodios que jalonaron su presencia".

Cabe recordar que tras su muerte en 1872 su hijo, el cacique Namuncurá como jefe de la Confederación Pampa con asiento en Salinas Grandes, comandó

personalmente una serie de malones que asolaron Juárez, Necochea y Tres Arroyos. Él mismo también comandó el conocido "malón grande" que, en 1876, desencadenó una serie brutal de saqueos y pillajes que llegó hasta el río Quequén Grande. En realidad, bajo las presidencias de Mitre y Sarmiento, los malones en la zona comprendida entre Azul y Bahía Blanca fueron innumerables. Otro tanto en otras regiones del país, como el malón compuesto por mocovíes y tobas que, en 1904, avanzó sobre la población de San Javier en la provincia de Santa Fe.

Es indudable que los malones asolaron dramáticamente en casi todo el territorio del país; los caciques, con sus subordinados, participaron en las luchas civiles, tanto en el bando federal como en el unitario, no en defensa de ideales sino a la búsqueda por la conquista de un botín. Pero también es cierto que esos enfrentamientos no tuvieron la magnitud que registraron en Chile, Bolivia o México y que el propósito de los gestores de Mayo no fue el exterminio de la población indígena sino su integración a una nueva nación.

El art. 75, inc. 17 de la Constitución incluye, entre las atribuciones de índole administrativa asignadas al Congreso de la Nación, el reconocimiento de derechos específicos para los pueblos indígenas argentinos.

Se trata de una norma esencialmente programática que requiere la sanción de leyes reglamentarias que le brinden operatividad, con especial cuidado de no lesionar el principio de igualdad establecido por el art. 16 de la Constitución. Mientras no sea sancionada esa norma, son plenamente aplicables la ley 23.302 y sus eventuales decretos reglamentarios, anteriores a la reforma constitucional de 1994.

Esa reglamentación deberá propender a una necesaria armonización de tal inciso con el resto del articulado de la Constitución.

Así, la poco feliz referencia a la "preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos" no podrá ser entendida como la inserción de una concepción racista, con su amplia gama de secuelas, en el seno de la Ley Fundamental. A diferencia de lo acontecido en otros países latinoamericanos, tales como Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú, Venezuela y los Estados centroamericanos, en la Argentina la integración de los pueblos indígenas a la comunidad nacional se concretó de manera pacífica y exenta de discriminaciones merced a la cláusula del entonces art. 67, inc. 15, de la Constitución y a la generosa y liberal política desplegada por los gobernantes que impidió, a diferencia de lo acontecido en otros países, el surgimiento de conflictos sociales de tipo étnico.

Invocar una especie de "reivindicación histórica" sobre la base del falso preconcepto de que en la Argentina se renegó, menospreció, olvidó u ocultó su raíz parcialmente indígena no se compadece con la realidad de los hechos y no se justificaba su exteriorización en una cláusula de la Constitución cuya reforma, en 1994, estuvo basada en la presunta necesidad de modernizar su texto. Paradójicamente, y desde sus orígenes, la comunidad nacional argentina asumió y reconoció su ascendencia parcialmente indígena con singular orgullo y sin incurrir

en los prejuicios raciales de la inmigración europea del siglo XX, basada en las concepciones fascistas y nacionalsocialistas.

Casi en su totalidad, los contenidos del art. 75, inc. 17, disfrutaban de reglamentación legal por obra de la ley 23.302, sancionada el 30/9/1985, nueve años antes de la reforma constitucional. Esa ley reconoce y declara de interés nacional 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, con respeto de sus propios valores y modalidades (art. 1º), y les otorga personería jurídica mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas (art. 2º).

Con respecto a la propiedad y posesión comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, y la regulación y entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo, la ley 23.302 también instrumenta ciertas soluciones. Así, establece que se adjudicarán en propiedad a las comunidades indígenas las tierras aptas situadas en los lugares que habitan o en las zonas próximas más aptas para su desarrollo. Además de la propiedad comunitaria, la entrega de tierras también podrá constituir una propiedad individual cuando se trate de indígenas que no están integrados a la comunidad (art. 7º). En caso de que en el lugar del emplazamiento de la comunidad no hubiera tierras fiscales o si éstas no fueran aptas, se propiciará la expropiación de tierras privadas (art. 8º).

La adjudicación de las tierras se efectuará a título gratuito y los beneficiarios estarán exentos del pago de impuestos nacionales, gastos o tasas administrativas (art. 9º). Asimismo, las tierras que se adjudiquen son inembargables e inejecutables con la sola excepción de las garantías otorgadas con motivo de los créditos de entidades oficiales concedidos conforme a las normas reglamentarias de la ley (art. 11). En cuanto a la enajenación de las tierras, está vedada por la ley durante un plazo de 20 años, disposición esta última carente de validez cuando se trata de una propiedad comunitaria y por aplicación del art. 75, inc. 17, de la Constitución.

En el caso "Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta"(27) , la Corte Suprema soslayó la caducidad de la acción de amparo que se había producido por aplicación de las normas procesales de la provincia y ordenó dejar sin efecto la caducidad y que se dictara una sentencia "que garantice a la parte actora, el pleno acceso a la jurisdicción de amparo".

En el caso, los accionantes pretendían que fuera declarada inconstitucional una ley local que había desafectado, como reserva natural, dos lotes fiscales para su venta en un proceso licitatorio. Sostuvieron que la comunidad sobrevivía, conforme a sus usos y costumbres, gracias a los recursos naturales existentes en uno de esos lotes.

Para avalar el apartamiento del marco procesal, la Corte citó los precedentes "Kot"(28) y "Outón"(29) pero, sugestivamente, no hizo mención alguna del art. 75, inc. 17, de la Constitución federal.

En cambio, la jueza Carmen Argibay, al declarar la procedencia de los recursos de queja y extraordinario, en virtud de los cuales se dispuso la revocación de la sentencia apelada, se basó en un análisis de la amplitud otorgada a la acción de amparo por el art. 43 de la Constitución Nacional; de la doctrina expuesta por la Corte en el caso "Di Mascio"(30) ; y en la interpretación de las normas procesales de la provincia.

(1) Fallos CS 32:120.

(2) Fallos CS 136:161 y 137:47.

(3) Fallos CS 144:219.

(4) Fallos CS 172:21.

(5) Fallos CS 17:22; 31:82; 98:20; 117:22, 48, 222 y 432; 128:453; 133:216; 136:200; 140:34; 156:48; 160:114; 169:309; 178:355; 184:531; 197:569; 199:157; 237:636; 254:116; 275:89; 298:717.

(6) Fallos CS 327:3312; LA LEY, 2004-F, 296.

(7) LA LEY, 2005-C, 1; Fallos CS 327:5668.

(8) LA LEY, 2005-E, 320; Fallos CS 328:2056.

(9) Fallos CS 313:410 y 1513.

(10) Fallos CS 313:1638.

(11) Fallos CS 311:2272, Caso "Repetto".

(12) Fallos CS 321:194.

(13) Caso "Hooft, Pedro c. Provincia de Buenos Aires", Fallos CS 327:5118; LA LEY, 2005-A, 295; 2005-B, 410.

(14) Fallos CS 323:2659.

(15) Fallos CS 325:2968,. Caso "Franco".

(16) Fallos CS 329:2986.

(17) Fallos CS 330:3853.

(18) Sent. del 12/8/2008, Fallos CS 331:1715.

(19) "Argüello, Luis c. Universidad Nacional de Tucumán", sent. del 16/11/2004,. Fallos CS 327:5002.

(20) Fallos CS 329:5266.

(21) Caso "Fundación de Mujeres en Igualdad c. Freddo" (LA LEY 2003-B, 970).

(22) El Derecho 220-266, caso "Hertzriken c. Sanfuentes".

(23) El Derecho 228-180, caso "QPG c. EDSA".

(24) Fallos CS 255:350.

(25) Fallos CS 300:1159.

(26) Fallos CS 155:302.

(27) Sent. del 30/9/2008, El Derecho, 14/10/2008. Fallos CS 331:2119.

(28) Fallos CS 241:291.

(29) Fallos CS 267:215.

(30) Fallos CS 311:2478.

## CAPÍTULO VII

### Las libertades civiles

#### SUMARIO

- 176. Libertad de vivir.
- 177. Fecundación asistida y clonación.
- 178. Pena de muerte.
- 179. Aborto.
- 180. Regulación legal y jurisprudencia.
- 181. Eutanasia.
- 182. Libertad ambulatoria.
- 183. Libertad de tránsito.
- 184. Libertad de domicilio.
- 185. La libertad de religión.
- 186. Libertad de enseñanza.
- 187. Libertad de petición.
- 188. Libertad de reunión y de asociación.
- 189. Libertad de reunión.
- 190. Libertad de asociación.
- 191. El matrimonio y las uniones homosexuales.
- 192. Derechos personalísimos.
- 193. Derecho al honor.
- 194. Libertad de intimidad y vida privada.
- 195. Límites de la libertad de intimidad y vida privada.
- 196. Intimidad y vida privada de los funcionarios públicos.
- 197. Derecho a la propia imagen.
- 198. Cámara oculta.
- 199. El derecho ambiental.
- 200. Contenido del derecho.
- 201. Preservación del ambiente y sujetos obligados.
- 202. Sujeto activo.

- 203. Regulación legal del medio ambiente.

- 204. Residuos peligrosos y radioactivos.

- 205. El uso pacífico de la energía nuclear.

- 206. Defensa del consumidor.

- 207. Ley de Defensa del Consumidor.

- 176. Libertad de vivir

La libertad de vivir y su expresión jurídica, el derecho a la vida, son un atributo inseparable de la persona humana que condicionan su existencia con el consecuente desenvolvimiento material y espiritual de los hombres.

La libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, comprensivo tanto de los matices físicos y materiales como también de todos los aspectos y proyecciones de la personalidad espiritual del ser humano, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, por la simple circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de aquélla. La vida es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad.

En el marco de una organización política global, basada sobre una idea dominante que determina el comportamiento de sus integrantes, el valor asignado a la vida no tiene la misma trascendencia en un sistema democrático constitucional que en uno autoritario o autocrático. En este último, el ser humano, con todos sus atributos, es simplemente un instrumento o medio puesto al servicio de un objetivo considerado superior. La vida carece de relevancia teleológica y está subordinada axiológicamente a las metas transpersonalistas del sistema.

En cambio, en un sistema democrático constitucional el individuo es la causa, el fundamento y el fin de toda la organización política, cuya creación y subsistencia, con todas las técnicas y procedimientos implementados a tal fin, responden al propósito exclusivo de concretar la libertad y dignidad del hombre.

En la democracia constitucional, valores tales como el Estado, la nación, un determinado grupo social, racial, político o religioso, no están para ser servidos por el individuo sino, por el contrario, y en función de la idea política dominante, para servir al hombre con el propósito de alcanzar su libertad y dignidad en un proceso inagotable de enriquecimiento espiritual y de bienestar material.

Si bien el derecho a la vida no está expresamente enunciado en la Constitución Nacional, a través de una interpretación finalista, sistemática y dinámica de sus preceptos resulta claro que este atributo integra el concepto del hombre objeto de la regulación constitucional, con la consecuente obligación para el Estado y los particulares de velar por ella. Es que sin vida no existe el hombre, ni la libertad y la dignidad que garantiza el texto constitucional.

Sin embargo, y al margen de las referencias contenidas en los antecedentes constitucionales, así como también de la cláusula residual del art. 33, en la cual está incluido implícitamente el derecho a la vida, la Constitución contiene algunas disposiciones que hacen mención de ciertos aspectos relacionados con ella.

Así, la Ley Fundamental prohíbe en forma absoluta la pena de muerte por causas políticas y todo tormento denigrante para la condición humana (art. 18). También fulmina con una nulidad insanable todo acto del Congreso y de las legislaturas provinciales que importe la concesión, al Ejecutivo nacional o a los gobernadores de provincia, de facultades extraordinarias, la suma del poder público o el otorgamiento de sumisiones o supremacías por las que la vida de las personas quede a merced de algún gobierno o individuo, y agrega que quienes generen o consientan semejantes actos quedarán sujetos a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria (art. 29).

En la nota correspondiente al art. 63 del Código Civil, el codificador destacó que "las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre", y cita en respaldo de su opinión las disposiciones legales vigentes en Austria, Luisiana y Prusia. Para darle carácter legal a semejante afirmación, dispuso categóricamente en el art. 70 que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno. En ese momento comienza la libertad de vivir y la consecuente protección estatal.

La ley ha reconocido un hecho biológico al disponer que la vida y el consecuente derecho a vivir comienzan en el momento de la concepción. La tipificación de la persona humana, con todas sus características, es impuesta por su material genético a partir del cigoto. Subsiste, evolucionando de manera natural, a medida que adquiere las formas del embrión, feto, niño, adolescente y adulto. De modo que, a partir de la fecundación del óvulo, existe un ser humano que merece la protección de la ley y, especialmente, de su derecho a la vida, tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia(1).

Tal conclusión reviste jerarquía constitucional. Así, el art. 4º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el derecho a la vida está protegido a partir del momento de la concepción.

Otro tanto resulta implícitamente del art. 75, inc. 23, de la Constitución que establece un régimen de seguridad social completo y específico para la protección de la niñez en situación de desamparo que se proyecta desde el embarazo. La referencia constitucional al embarazo significa el reconocimiento del derecho a la vida antes del nacimiento de las personas, así como también de su derecho a la salud.

Estas conclusiones no se contradicen con la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849 e incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Esa Convención, que reconoce a todo niño el derecho intrínseco a la vida (art. 6.1), no determina expresamente el momento en que comienza esta última.

Sin embargo, y por imposición de la ley 23.849, se aclaró que, al ratificarse la Convención, se debía formular la siguiente reserva: "Con relación al art. 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". La reserva obedeció a que el art. 1 de la Convención establece que se entiende por niño a "todo ser humano menor de 18 años de edad", sin precisar el momento en que comienza su existencia.

La existencia de la vida humana a partir de la unión de los gametos femenino y masculino que origina el embrión importa desechar toda concepción que sólo admite la manifestación de la vida a partir del nacimiento o desde que el embrión dispone de un desarrollo de su sistema nervioso que le permite expresar ciertos sentimientos, como el dolor. Otro tanto respecto de aquellas ideas que reconocen el derecho a la vida con posterioridad al nacimiento y a partir del momento en que la persona manifiesta cierta capacidad racional.

En la libertad de vivir está comprendida la integridad física de los seres humanos. Mientras que la vida consiste en la existencia de la persona, la integridad física, consecuencia de aquélla, es la intangibilidad del organismo humano. Se traduce en el derecho que tiene toda persona para que no se lesione o dañe su cuerpo, su salud física y mental mediante normas que, irrazonablemente, permitan la ejecución de actos que vulneren su integridad física.

El menor puede ser titular de derechos, con la salvedad que establezca el Código Civil. Conforme al art. 70 del Código Civil, tales derechos, con excepción de los consumidos por el niño, quedan revocados si nace sin vida. Pero, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no habría reparos en derogar esa norma para consolidar una adquisición definitiva antes del nacimiento.

Tal situación fue considerada por la Corte Suprema de Justicia al resolver el caso "Sánchez". La madre de una mujer embarazada que fue víctima de homicidio por las fuerzas de seguridad, y por añadidura del niño por nacer, demandó el pago de una indemnización por su nieta en los términos de la ley 24.411. El art. 2º de esa ley reconoce a los causahabientes de una persona fallecida como consecuencia "del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10 de diciembre de 1983" la percepción de una indemnización, que se percibe por derecho propio y no por vía hereditaria. La Corte decidió que, por tratarse del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir de una de las especies jurídicas del género persona conforme a la ley civil, no existía reparo alguno para que procediera la acción de la demandante. Se trata del reconocimiento del derecho resarcitorio generado por la muerte de una persona, sin que se modifique tal circunstancia por el hecho de que se trate de una "persona por nacer"(2).

#### 177. Fecundación asistida y clonación

Conforme a la legislación vigente, tanto nacional como internacional, la vida humana comienza en el mismo momento en que se produce la concepción del niño.

Generalmente, en la inmensa mayoría de los casos, la concepción se produce en el seno materno, de acuerdo con los cauces propios de la naturaleza humana, mediante la relación sexual directa entre un varón y una mujer.

Hasta no hace muchas décadas, era impensable creer que existiera otro procedimiento para satisfacer el legítimo derecho de tener un hijo, sin acudir al instituto de la adopción.

Sin embargo, en el curso de las últimas décadas, han sido asombrosos los adelantos tecnológicos en materia de reproducción humana.

La implementación de tales técnicas, consecuencia del citado desenvolvimiento científico, respondió a las demandas generadas por las disfunciones sexuales, y en algunas oportunidades, al hedonismo imperante en ciertas sociedades impregnadas por valores netamente materialistas. Ese desarrollo es constante y su futuro impredecible, como lo son todos los frutos de la evolución científica.

La fecundación asistida puede consistir en la inseminación artificial o la fecundación in vitro .

La inseminación artificial consiste en la introducción del semen masculino en la vagina o dentro del útero de la mujer. Importa la previa estimulación hormonal del ovario para incrementar el número de ovocitos maduros, en la preparación del semen seleccionando los espermatozoides que serán introducidos y en la inseminación de la mujer.

El semen puede ser del marido de la mujer o de un donante, en cuyo caso será necesaria la conformidad de aquéllos.

La fecundación in vitro es más compleja. Se acude a ella cuando las trompas de la mujer están dañadas o cuando el semen del varón presenta deficiencias a los fines de una gestación natural. Consiste en la extracción de ovocitos femeninos para fecundarlos, en un medio de cultivo especial, con el semen del varón, previa selección de los espermatozoides. La fecundación se realiza fuera del organismo de la mujer. Producida la fecundación, los embriones se conservan en cultivo entre dos y seis días, para luego ser implantados, todos o algunos de ellos en el cuerpo de la mujer. Los embriones sobrantes son congelados para su eventual uso ulterior.

La fecundación in vitro acarrea ciertos problemas morales y jurídicos. La congelación de los embriones sobrantes tiene una finalidad primaria: ser utilizados para una nueva implantación en la mujer si la primera no produce los resultados deseados. Pero, de no ser así, esos embriones —que son personas— permanecen en principio en una situación relativamente indefinida.

Sus titulares —mujer y varón que los generaron— siguen pudiendo disponer de ellos, y hasta inclusive podrían cederlos. Pero, ¿se puede ceder una vida? ¿Es posible mantener esa vida humana y privarla de toda posibilidad de desarrollo?

Son temas que suscitan múltiples y fundadas inquietudes morales y legales, y con mayor razón si tales embriones son utilizados en cualquier tipo de industria que

determina su destrucción. Incluso en el caso de que se haga uso de ellos como "bebés salvadores". En efecto, sus tejidos podrían ser empleados para remediar graves y, en principio, incurables enfermedades que padece un tercero, particularmente si se trata de un familiar directo, cuando existe compatibilidad en el perfil genético. Se podrá alegar que el uso es legítimo porque resultaría conducente para abrigar la esperanza de salvar una vida. Pero, ¿a qué precio? Pues a costa de la vida del embrión y sin que se preste conformidad alguna. ¿Es esto ético?

Inclusive, mediante la preselección de los elementos que conforman un embrión, se podría tornar en una triste realidad la concepción racial del nazismo sobre el "súper hombre" o el "hombre perfecto".

La fecundación in vitro procura satisfacer una aspiración natural de los seres humanos: tener un hijo de sangre. Pero se debe tener en cuenta que ese tipo de fecundación es un procedimiento que apunta a superar una deficiencia, pero no la sana ni la cura. Ella no evita la esterilidad natural. La esterilidad subsiste con un agregado: la existencia de múltiples embriones o personas a las cuales se les veda el derecho al desarrollo propio de los seres humanos y que tienen un destino incierto.

El avance tecnológico reproductivo más significativo de fines del siglo XX, debido a su amplia difusión pública, es la clonación. Ella consiste en la manipulación de un conjunto de células u organismos con identidad genética mediante la reproducción asexual a partir una célula u organismo inicial.

La clonación puede ser reproductiva o terapéutica según la finalidad que se persiga con ella.

La clonación reproductiva consiste en obtener del sujeto que se desea clonar una serie de células que se mantienen vivas fuera de su organismo. El núcleo de esa célula, que contiene el ADN, se fusiona con el óvulo desprovisto de núcleo de otro sujeto y se somete a un desarrollo in vitro que genera un embrión que luego se implanta en un sujeto que será la "madre". Esta descripción elemental es similar al resultado que se obtiene mediante la fusión de un óvulo y un espermatozoide, con la particularidad de que el embrión fecundado tendrá todas las características del sujeto clonado. Claro está que solamente las físicas.

No se conocen, al menos públicamente, casos de clonación humana. El procedimiento es sumamente riesgoso y de resultados inciertos.

Mientras que la clonación reproductiva genera organismos clonados, la clonación terapéutica crea células y órganos clonados.

La clonación terapéutica ha tenido aplicación con resultados aparentemente satisfactorios mediante dos procedimientos.

Uno de ellos consiste en obtener células diferenciadas de la persona que se pretende curar generando con ellas un embrión. De ese embrión, que quedará destruido, se obtienen células madres embrionarias que se implantan en la



persona. Las posibilidades de rechazo por el organismo enfermo se reducen porque el embrión procede de ese organismo, y así se produce un tejido útil para revertir la enfermedad.

Este procedimiento de la clonación terapéutica merece similares reparos a los de la clonación reproductiva porque se opera la manipulación de un embrión para generar los tejidos. Pero el embrión queda destruido.

Otro mecanismo consiste en conformar tejidos con células madres que no tienen origen embrionario. Tales células se encuentran en la médula, el sistema nervioso, en el cordón umbilical, la placenta del niño recién nacido y en otros órganos. Se trata de injertos o trasplantes celulares que no provienen de un embrión, con lo cual se superan los reparos éticos.

#### 178. Pena de muerte

Concebida como derecho, la vida disfruta del reconocimiento y la protección constitucionales aunque, al igual que las restantes libertades contenidas en la Ley Fundamental, no reviste carácter absoluto y puede quedar sujeta a una reglamentación razonable (art. 28). Solamente está prohibida de manera absoluta la pena de muerte por causas políticas (art. 18) .

La muerte es la conclusión de la vida y la pena de muerte constituye una limitación al derecho a la vida. Es la sanción prevista por la ley por la cual se priva a una persona de su derecho a la vida.

Si bien en el texto constitucional no advertimos la presencia de una norma que prohíba categóricamente la pena de muerte, con la salvedad contenida en su art. 18, no acontece lo propio con algunos de los tratados internacionales que enuncia el art. 75, inc. 22.

Las normas internacionales se refieren exclusivamente a la pena de muerte. Es tal la prevista por la ley local y dispuesta por una sentencia judicial que tiene autoridad de cosa juzgada. No integran esta categoría las privaciones del derecho a la vida concretadas en virtud de actos ejecutados al margen del procedimiento legal vigente en materia penal. Tales actos son homicidios que podrán, o no, ser tipificados como delitos por la legislación local, como es el homicidio en legítima defensa o el perpetrado en el curso de una conflagración bélica.

#### 179. Aborto

Si bien la libertad de vivir es susceptible de reglamentación legal, ella no puede llegar al extremo de desnaturalizarla o desconocerla sin causa justificada constitucionalmente. Es en este marco donde se plantea el problema consistente en resolver si, conforme a la Ley Fundamental, y bajo determinadas circunstancias, es procedente la legalización del aborto como acto por el cual se priva del derecho a la vida a una persona por nacer que, desde el momento de su concepción, tiene existencia biológica y jurídica.

El problema está compuesto por el enfrentamiento o colisión entre dos libertades constitucionales: el derecho a la vida de la persona por nacer y los derechos subjetivos que vulneraría la concepción y el nacimiento de ella.

En materia constitucional, cuando se opera semejante colisión, la interpretación debe propender a armonizar ambas libertades mediante una recíproca relativización que permita la subsistencia de todas ellas, al anular sus manifestaciones en aquellos espacios donde se produce el conflicto. Pero en el caso que analizamos, lograr esa armonía resulta imposible sin desconocer o desnaturalizar en forma absoluta alguna de esas libertades. Concretamente, se trata de un conflicto inconciliable, en cuanto la aceptación de la libertad de abortar conduce necesariamente a la destrucción de una vida humana.

La imposibilidad de armonizar ambas libertades impone el deber de otorgar preferencia a alguna de ellas en función de la doctrina personalista de la Constitución. Impone el deber de verificar jurídicamente si es razonable dar preferencia a la libertad de abortar o a la libertad de vivir y esa comparación, en orden a su resultado, debe ser realizada no ya con un enfoque religioso o moral, sino en consideración a la trascendencia otorgada por la Constitución a las diversas libertades que resultan antagónicas en un caso concreto.

Desde un punto de vista jurídico, las hipótesis que conducen a la justificación del aborto se pueden sintetizar en las siguientes: 1) Anteponer el derecho al bienestar individual, expresado en el derecho a la intimidad o los derechos personalísimos de la madre, representativos de su honor, comodidad, arbitrio en disponer de su cuerpo o la voluntad de prevenir sanciones sociales; 2) otorgar preferencia a la libertad sexual en aquellos casos en que la concepción es consecuencia de una violación; 3) brindar primacía al derecho a la legítima defensa cuando el desarrollo del feto o el nacimiento pueden ocasionar graves lesiones o la muerte de la madre.

Razonablemente, el derecho al bienestar individual, en sus múltiples manifestaciones, no puede condicionar el derecho a la vida. Una limitación parcial y temporal del derecho al bienestar se impone frente a la alternativa de una limitación absoluta y definitiva del derecho a la vida. Es que evitar una sanción social, preservar el honor o eludir una incomodidad son valores legítimos, pero carentes de la envergadura suficiente para justificar el cercenamiento de una vida inocente.

Tampoco es razonable legalizar el aborto invocando la defensa de la libertad sexual cuando la concepción es consecuencia de una violación. La persona por nacer no es culpable ni responsable por la violación.

En esta hipótesis, y al margen de la sanción que resulte aplicable al autor de la violación, se pretende defender la libertad sexual de la madre, que ya fue vulnerada, imponiendo una sanción, una verdadera pena de muerte, a una persona que fue absolutamente ajena a la relación jurídica madre-violador.

No es razonable privar de su vida a una persona por nacer debido a que su madre fue víctima de un delito ejecutado por un tercero, porque no solamente resulta

imposible reparar totalmente el daño que ella ha sufrido mediante la muerte del ser que alberga en su seno, sino también porque ese ser no es responsable ni autor de la lesión ocasionada a la libertad sexual de la madre.

En cuanto a la hipótesis del derecho a la legítima defensa, su ejercicio legal está condicionado a que la situación de peligro no haya sido provocada por la conducta voluntaria o negligente de la madre, que debió o pudo prever las eventuales consecuencias del ejercicio de su libertad sexual. De modo que en este caso tampoco es razonable ni se justifica la legalización del aborto, máxime considerando que desde un punto de vista estrictamente científico es de improbable producción la muerte de la madre de mediar una conducta diligente.

De todas maneras, el derecho a la legítima defensa, que tampoco es un derecho absoluto, sólo se puede desplegar contra la persona del agresor, condición que no presenta la persona por nacer, cuya creación responde a una ley natural y que, además de no haber provocado la concepción, se encuentra en un plano de manifiesta desigualdad para ejercitar su propio y legítimo derecho de defensa.

Entendemos, tal como lo destacamos, que el derecho de la mujer para disponer de su propio cuerpo —cuya legitimidad no se cuestiona— no es absoluto ni puede tener una jerarquía mayor que el derecho que tiene un niño para desarrollarse mediante el nacimiento. Sin embargo, para atenuar las consecuencias del aborto, se propicia su despenalización relativa. Bajo determinadas condiciones, y con la venia del juez, el aborto no debería ser punible. No compartimos este punto de vista, porque ni un juez o un médico pueden tener autoridad para decidir si se debe, o no, proseguir desarrollando una vida humana.

#### 180. Regulación legal y jurisprudencia

Para la legislación argentina el aborto, con las excepciones previstas en el art. 86 del Código Penal, es un hecho punible. Así lo establecen los arts. 85, 87 y 88 de ese cuerpo legal, que imponen para sus autores penas privativas de libertad. De tres a quince años si el delito es doloso, y de seis meses a dos años si la conducta del autor es culposa. Como el bien jurídico protegido es el derecho a la vida de la persona por nacer, la pena es aplicable a la mujer que de manera dolosa provoca el aborto.

El art. 86 de la ley penal dispone que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta no es punible si responde a fines terapéuticos. Ello acontece cuando el aborto se practica con el objeto de evitar un peligro, serio y cierto, para la vida o salud de la madre, y siempre que ese peligro no pueda ser evitado por otros medios. Cuando el derecho a la vida de la persona por nacer colisiona con el derecho a la vida o salud de la madre, la ley se inclina por dar preferencia a este último.

El art. 86 también prevé el aborto eugenésico. Presupone la violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente y la concreción del aborto con el consentimiento del representante legal de la mujer. El bien jurídico protegido, en este caso, no es la ausencia de voluntad de la mujer para participar

del acto de la procreación porque, de ser así, la norma tendría que ser aplicada a toda mujer que fue objeto de una violación e, inclusive, a toda mujer que participa del acto sexual sin voluntad de procrear.

Su razón de ser responde a una concepción científicamente arcaica y de raíz racista que apunta a preservar el perfeccionamiento de la especie humana, o a evitar su presunta degradación, mediante la aplicabilidad de las leyes biológicas de la herencia. La fundamentación de esta hipótesis adoptada con la reforma del Código Penal en 1922 nos conduce a sostener su invalidez constitucional.

El 5/3/2002, la Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso "Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo", dictó una sentencia fundamental sobre la necesidad de tutelar el derecho a la vida de las personas por nacer (3) .

La asociación civil "Portal de Belén" promovió, en la provincia de Córdoba, una acción de amparo contra el Estado nacional para que se dejara sin efecto la fabricación, distribución y comercialización del fármaco "Imediat" , por entender que se trataba de una píldora con efectos abortivos.

En su dictamen, el procurador hizo mención a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (4) .

En esa oportunidad, los ministros Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio y López sostuvieron categóricamente que, en el caso concreto, la precipitación del parto en el octavo mes de gestación no es "un medio para causar la muerte del feto".

En cambio, los ministros Nazareno y Boggiano se opusieron a semejante solución. El primero, de manera categórica, señaló que "quien adelanta un evento, anticipa sus consecuencias; si a los nueve meses la persona anencefálica que nace por parto espontáneo tiene una sobrevida aproximada de doce horas, resulta evidente que la inducción del parto a los, digamos, seis meses, determinará la muerte del sujeto a los seis meses y doce horas".

Sobre la base del precedente "T. S.", para el procurador la decisión judicial recurrida en el caso "Portal de Belén" era en extremo formalista y ese formalismo atentaba potencialmente contra la efectiva protección del derecho a la vida. Ello era así porque, bajo el pretexto de requerir un mayor debate y agotamiento de las vías ordinarias, se desvirtuaba la función específica del Poder Judicial en orden a la tutela de los derechos.

Los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez, si bien compartieron la argumentación expuesta por el procurador, decidieron revocar la sentencia y, haciendo lugar a la acción de amparo, ordenaron al Estado nacional a que dejara sin efecto la autorización para fabricar, distribuir y comercializar el fármaco "Imediat".

Destacaron que, conforme a la opinión científica, la vida comienza con la fecundación. Ella, biológicamente, consiste en la unión de los gametos femenino y masculino, cuya fusión genera un embrión. Se trata de una célula fertilizada o cigoto que conforma, desde un primer momento, una vida nueva.

Para la mayoría, las particularidades del caso tornaban procedente la acción de amparo, sin necesidad de agotar las eventuales vías procesales ordinarias existentes. Es que, si el uso de la píldora provocaba, o razonablemente podía provocar, la muerte de una persona, resultaba inadmisibles permitir su uso al tener en cuenta el valor fundamental que presenta el derecho a la vida, como "el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional". En otras palabras, si el uso del fármaco era potencialmente idóneo para privar de su vida a las personas por nacer, mal se podía tolerar la producción de semejante efecto hasta tanto la cuestión fuera resuelta en el marco de un proceso ordinario.

Existen diversos procedimientos destinados a evitar la procreación y, por añadidura, un eventual aborto. Tales procedimientos, en la medida que se acude a ellos ejerciendo el derecho a la intimidad, son lícitos. Nadie puede ser obligado a procrear o a no procrear.

Pero, cuando al acudir a tales procedimientos se produce un daño en la integridad física de la persona, la cuestión merece un análisis más detenido.

Si las lesiones las produce el interesado por sus propios medios, no habrá un acto ilícito con la salvedad del aborto. Así como la tentativa de homicidio no es punible, otro tanto acontece con las lesiones que una persona se produce sobre su propio cuerpo.

La situación varía cuando la aplicación de tales procedimientos requiere de la intervención de un tercero. En estos casos, para no incurrir en el delito de lesiones, se impone la previa autorización judicial. Si se concede esa autorización ¿puede un médico ser obligado para llevarla a cabo? Consideramos que no, si ello importa desconocer su objeción de conciencia.

Advertimos que persiste, en el ámbito provincial, una corriente jurisprudencial que avala el aborto y desconoce los derechos del niño concebido.

El 31/7/2006 (5) , la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por decisión mayoritaria, admitió la validez del aborto por entender que, en el caso, se planteaba la hipótesis contemplada por el art. 86, inc. 2º, del Código Penal. La madre de una menor de 19 años, que presentaba signos de retraso mental, solicitó que se interrumpiera la gestación porque su hija, además, había sido víctima de una violación.

El pronunciamiento soslayó completamente las cláusulas de la Convención de los Derechos del Niño conforme a la cual, cuando se produce una colisión entre los derechos de un niño y de una persona mayor de 18 años de edad, y si no es posible armonizar ambos derechos, corresponde otorgar preferencia a los derechos del niño. Tampoco detalló cuáles eran los bienes jurídicos en colisión, al tiempo que se despreocupó por reconocer el derecho de defensa del niño por nacer en una cuestión en la que estaba en juego su existencia, su derecho a vivir.

El 22/8/2006 se planteó una situación similar ante la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza (6) . La madre de una incapaz que había sido violada solicitó la interrupción del embarazo mediante el aborto, con el cual se iba a producir la muerte de su nieto.

Al acceder a su pedido, el tribunal entendió que era aplicable el art. 86, inc. 2º, del Código Penal; que en tales casos, no se requería la previa autorización judicial para practicar el aborto; que el único titular de la acción judicial era la incapaz a través de la representación que ejercía su madre. Como consecuencia de tal pronunciamiento, se concretó el aborto, pese a que la organización VITAM había propuesto que se renunciara al derecho a la maternidad para permitir el nacimiento del niño y su adopción por terceros.

#### 181. Eutanasia

La eutanasia consiste en toda acción u omisión mediante la cual se provoca la muerte de una persona inocente, ya sea por razones de orden público imperantes en una sociedad, o en salvaguarda de derechos de terceros, o con el propósito de poner fin a los padecimientos físicos o psíquicos que mortifican a una persona que padece una enfermedad incurable.

Roberto Cataldi Amatriain distingue diversas formas de eutanasia:

1. Eugenesica. Se practica sobre personas que presentan graves deformaciones físicas o alteraciones psíquicas, cuya subsistencia pone en peligro el perfeccionamiento de una raza. Es propia de los regímenes políticos transpersonalistas.
2. Económica. Provoca la muerte de aquellas personas cuya condición acarrea costos, relativamente importantes, para la sociedad o sus familiares por la asistencia médica que se les presta. Sería el caso de los incapacitados graves, de quienes tienen vida vegetativa, o de los ancianos incapacitados para desarrollar actividades productivas.
3. Experimental. Se realiza sobre individuos seleccionados para ser objeto de trabajos de investigación médica.
4. Piadosa. Produce la muerte para concluir con los intensos sufrimientos que sufre un paciente desahuciado.
5. Terapéutica. Abrevia la vida de una persona que tiene una enfermedad incurable sin expectativa de vida, aunque no padezca los sufrimientos citados en el caso de la eutanasia piadosa.

La eutanasia se relaciona con la distanasia y la adistanasia. La primera consiste en toda acción médico-científica por la cual se procura prolongar la vida de una persona que padece una enfermedad terminal, irreversible, desprovista de toda posibilidad racional de recuperación. La segunda reside en privar al enfermo terminal de los recursos terapéuticos que permiten prolongar su vida.

El análisis de la eutanasia nos revela que está sujeto al inevitable dinamismo que caracteriza a la vida social. Así, la eutanasia eugenésica ha sido virtualmente erradicada desde mediados del siglo XX, sin mengua de la subsistencia de ciertos prejuicios sociales. Sin embargo, y en función de las ideas sociales dominantes, tuvo amplia recepción en la conformación cultural de los pueblos hasta ese momento. Recordemos la fundamentación asignada, en 1922, por el legislador para incorporar el art. 86, inc. 2º, del Código Penal: justificar la razonabilidad del aborto para evitar la degradación racial.

La concepción personalista que impera en las democracias constitucionales otorga a cada individuo, y de manera exclusiva, la titularidad de su derecho a la vida. No es un derecho que pueda ser ejercido por la sociedad o el Estado apropiándose de su titularidad y, por tal razón, el acto del suicidio no es viable de sanción legal alguna, así como tampoco la tentativa de suicidio.

El hecho de que toda persona pueda disponer libremente de su vida no significa que los terceros puedan acceder a su requerimiento para poner fin a ella. Todos los individuos están obligados a proteger la vida de sus semejantes y a ese deber responden las innumerables leyes y decretos mediante los cuales se tutela la salud de las personas, su bienestar físico y mental, su asistencia médica y el medio ambiente en que conviven.

Esa cultura de la vida presupone una educación para la muerte porque, inevitablemente, esta última es la consecuencia final de aquélla. Pero, la educación para la muerte en modo alguno se puede traducir en una cultura de la muerte expuesta en normas jurídicas que despenalicen el homicidio, la participación en el suicidio, el aborto y toda otra forma encaminada a cercenar la vida humana.

La eutanasia, cuando su propósito apunta hacia una muerte con dignidad o desprovista de sufrimientos, no merece reparos si ella es producida por el propio interesado o requerida por él haciendo cesar un tratamiento que no le puede ser impuesto contra su voluntad. Así como el Estado no puede obligar a una persona a que cure sus enfermedades, a menos que esa actitud pueda perjudicar la salud de terceros, tampoco puede obligar a un enfermo terminal para que prosiga su vida sujeto a un tratamiento que rechaza voluntariamente.

Esto en modo alguno significa que esa persona tenga derecho a exigir que un tercero la prive de su vida, ni que este último esté obligado a ejecutar la decisión del enfermo. Tampoco los familiares o el Estado pueden adoptar una decisión de esa índole cuando el paciente conserva una vida meramente vegetativa.

Estos principios fueron receptados por nuestra doctrina jurisprudencial. En el caso de menores de edad, que debían ser sometidos a una transfusión de sangre para preservar sus vidas, la negativa de los padres basada sobre razones religiosas no es aceptable porque se debe dar preferencia a la vida y salud de aquéllos. El ejercicio de la patria potestad no tiene carácter absoluto y su ejercicio no puede acarrear la muerte o un daño para la salud del menor que carece de capacidad jurídica suficiente.

Si una persona cuyas facultades mentales están disminuidas se niega a la realización de un tratamiento médico necesario para preservar su vida, esa decisión no puede ser aceptada por carecer aquélla del discernimiento suficiente. Con mayor razón, si su cónyuge solicita la realización y no existe una manifestación de voluntad del enfermo, emitida con anterioridad cuando no se había operado esa disminución de las facultades mentales, en la que se negara al sometimiento de prácticas inva sivas.

Cuando se trata de mayores de edad que, por razones religiosas, se niegan a recibir una transfusión sanguínea aunque ello ponga en peligro sus vidas, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que esa decisión debe ser respetada por aplicación del art. 19 de la Constitución. En estos casos, la libertad religiosa y la autonomía de voluntad deben ser respetadas, máxime al tener en cuenta que las convicciones religiosas invocadas descartan una hipótesis de suicidio (7) .

Debe ser respetada la decisión de un paciente que no desea ser sometido a una intervención quirúrgica aunque la acción terapéutica sea necesaria para mantenerlo con vida. Caso contrario se estaría produciendo una intromisión indebida en la libertad personal del paciente, con la consecuente ofensa para su dignidad como persona humana (8) .

Es improcedente el pedido del cónyuge de la enferma para que se autorice la suspensión de la alimentación e hidratación artificiales que permiten la prosecución de su vida, aunque ella se encuentre en estado vegetativo desde hace varios años. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires consideró que, en el caso, no era viable otorgar una autorización que conllevaría la muerte de la paciente porque el juez no puede proveer una autorización para la muerte. Si bien es cierto que semejante decisión puede ser adoptada por una persona en su sano juicio, esa manifestación de voluntad no puede ser suplida por la de su cónyuge a menos que la enferma hubiese dejado instrucciones precisas antes de su pérdida de conocimiento sobre su negativa a recibir tratamientos que, de ser suspendidos, producirían su muerte (9) .

Conforme a esta línea jurisprudencial, se resolvió que al encontrarse la paciente que padece una irreversible enfermedad con plena lucidez mental y libertad para autodeterminarse, si decide manifestar su firme decisión de no aceptar procedimientos médicos invasivos, ella debe ser respetada de conformidad con el art. 19 de la Constitución y de la ley 17.132. El art. 19 de esa ley determina que los profesionales de la medicina deben respetar la voluntad del paciente de no someterse a ciertos tratamientos médicos invasivos y a permanencia, cuando padecen una grave, progresiva e irreversible enfermedad.

Similar fue la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos el resolver el caso "Vacco v. Quill" en 1997 (10) .

Sostuvo que era válida una ley del Estado de Nueva York que reconocía el derecho de las personas a rechazar un tratamiento médico que podía prolongar sus vidas e, incluso, evitar su muerte. Pero esa persona no podía requerir el auxilio de un

médico o familiar para precipitar su muerte, porque estos últimos serían partícipes de un suicidio.

Entendemos que no existe eutanasia propiamente dicha cuando se rechaza un tratamiento médico, y como consecuencia, se operará la muerte de una persona sin otra acción positiva para causarla. La causa de la muerte será la enfermedad y su evolución natural y no el hecho de haber omitido o retirado un tratamiento que únicamente servía de soporte transitorio que evitaba la instauración del proceso de muerte en el paciente.

#### 182. Libertad ambulatoria

La libertad de tránsito y de domicilio se explicita en el derecho reconocido a todas las personas de trasladarse a los lugares que estimen más convenientes o necesarios para satisfacer sus necesidades y de residir en el ámbito físico que ellas decidan.

Las libertades de tránsito y de domicilio están reconocidas en el art. 14 de la Constitución. Establece que entre los derechos reconocidos a todos los habitantes del país que pueden ser ejercidos conforme a las leyes reglamentarias, están el de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio del país. Además de la cláusula del art. 14, la Constitución también hace referencia a estas libertades en otras de sus disposiciones, como son las contenidas en los arts. 11, 12 y 18.

#### 183. Libertad de tránsito

La libertad de tránsito consiste en el derecho que tiene toda persona para ingresar, permanecer, circular y salir del territorio argentino. Presupone la libertad de no transitar.

No se trata de una libertad absoluta, de modo que es posible regular legislativamente su ejercicio en resguardo del orden público y de los derechos reconocidos a las personas.

El ingreso al país puede estar condicionado al cumplimiento de ciertas medidas sanitarias o de seguridad, como también al traslado a determinados lugares o regiones. Por razones de interés público puede ser prohibido el ingreso al país de los extranjeros, en forma total, parcial o sujeto a ciertos requisitos. De igual manera, es posible disponer la expulsión del territorio nacional de los extranjeros cuando sus comportamientos resultan lesivos para el orden público o cuando su ingreso se concretó de manera ilegal. En cambio, las restricciones para ingresar al país o la hipótesis de expulsión del territorio nacional no serían aplicables a los argentinos.

Con respecto a los extranjeros que han ingresado ilícitamente al país, no pueden ser privados de su libertad ambulatoria hasta que no se dicte una decisión firme de expulsión del territorio nacional. La retención autorizada por la ley 25.871, además de estar precedida por la orden de expulsión firme, no puede exceder del tiempo estrictamente indispensable para hacer efectiva esa medida. Por otra parte, la retención no puede ser asimilada a la detención porque, mientras que la primera

está relacionada con una infracción administrativa, la segunda resulta de una causa criminal.

Con motivo de la declaración del estado de sitio, una persona puede ser detenida, y por añadidura, ser suspendido su derecho a transitar libremente. Pero, si judicialmente se declara su invalidez respecto de una persona determinada, ella no puede ser privada de su libertad de tránsito por invocación de una medida de internación. Así se decidió en el caso "Timerman" (11).

La Corte Suprema, al hacer lugar a la acción de hábeas corpus promovida en beneficio de Jacobo Timerman, dispuso la invalidez del decreto 1093/77 que había ordenado su detención por entender que la medida carecía de razonabilidad. Para eludir el cumplimiento de la sentencia judicial, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1152/78 para mantener su detención con el carácter de internación. Planteada una nueva acción de hábeas corpus, la Corte descalificó la detención de Timerman por entender que la internación importaba una sanción que excedía el marco de una medida de seguridad o defensa transitoria, al tiempo que adquiría el carácter de una pena corporal establecida sin sustento constitucional, sin límite de tiempo y sin expresión de causa.

Nadie puede ejercer la libertad de tránsito con vulneración de derechos de terceros, ni concretar su ejercicio a través de medios de los cuales no se dispone legalmente. Asimismo, para preservar el orden público o el derecho de propiedad privada, el legislador puede autorizar la circulación en determinados espacios físicos pero no la permanencia en ellos.

Entre tales limitaciones resulta inviable incluir aquellos actos de protesta social con los cuales, deliberadamente, se restringe la libertad de tránsito de terceros para focalizar la atención pública en la protesta, por más legítima que ella sea. Los derechos que se ejercen de manera ilegal dejan de ser derechos para asumir el carácter de actos ilícitos.

Sin embargo es sugestiva la pasividad de las autoridades gubernamentales frente a ciertos actos de "protesta social" que, respondiendo a ciertas concepciones políticas disolventes de la concordia y armonía que deben imperar en la convivencia democrática, se traducen en una grave lesión a la seguridad jurídica. Por otra parte, la impunidad que conllevan genera un peligroso efecto multiplicador.

La libertad de tránsito puede ser restringida judicialmente con motivo de la aplicación de leyes civiles o penales que, por motivos razonables, autoricen tales limitaciones. También el órgano ejecutivo puede regular esa libertad en el ámbito de sus potestades de administración, o disponer la detención o el traslado de las personas durante la vigencia del estado de sitio. La razonabilidad de tales limitaciones se debe ponderar en función de las modalidades de cada caso concreto.

Las limitaciones a la libertad de tránsito no pueden consistir en la aplicación de tributos que graven la actividad física del tránsito (art. 11 CN), aunque no existen

impedimentos para que se apliquen ciertas contribuciones debido al medio que se utiliza para transitar o con motivo del uso de una obra pública. Tal es el caso del peaje o de las tasas que gravan el uso de aeropuertos, siempre que sean razonables y que no configuren un impuesto encubierto.

#### 184. Libertad de domicilio

La libertad de domicilio es una libertad corporal que se traduce en el derecho que tiene toda persona para habitar, permanecer y desarrollar sus actividades en un lugar físico determinado conforme a las leyes reglamentarias.

El concepto constitucional de domicilio tiene un significado considerablemente más amplio que el que emana de la legislación civil. Comprende tanto el hogar como la residencia, el domicilio comercial y cualquier otro espacio físico, móvil o inmóvil, sujeto al uso de una persona y destinado al desarrollo de una actividad privada, pública o semipública.

La libertad de domicilio no se agota con la permanencia de la persona en un lugar determinado, sino que abarca también la facultad de elegir y cambiar ese espacio físico sujeto al uso exclusivo, proyectando la libertad personal del individuo sobre el lugar y las cosas que están en él.

La determinación de ese espacio físico no es una potestad absoluta, pues su ejercicio debe ser acorde con la legislación reglamentaria y no puede lesionar el orden público ni los derechos de terceros.

Sin perjuicio del reconocimiento genérico de la libertad del domicilio, establecido en el art. 14, la Constitución prevé una garantía especial en su art. 18. Esa norma dispone que el domicilio es inviolable y que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. En reglamentación de esta garantía constitucional, los arts. 150, 151 y 152 del Código Penal tutelan la inviolabilidad del domicilio, tipificando los delitos penales que configuran su violación.

El principio de la inviolabilidad del domicilio significa que nadie puede ingresar o permanecer en el domicilio de una persona sin su consentimiento.

La garantía constitucional alude al allanamiento, ocupación y clausura del domicilio. Ninguno de estos actos puede ser válidamente dispuesto sin la existencia de una ley que los faculte para el caso concreto. Sin embargo, y aunque exista la ley, la orden específica en cumplimiento de ella solamente puede emanar de un órgano judicial.

A nuestro entender, todas aquellas disposiciones legales que facultan a la autoridad administrativa o legislativa a practicar actos de allanamiento, clausura u ocupación del domicilio de una persona sin su consentimiento y con prescindencia de la orden específica emanada de un juez carecen de validez constitucional, salvo que el ingreso responda a una emergencia o estado de necesidad para prevenir la comisión de un delito o un daño inminente.

El concepto de domicilio se encuentra estrechamente relacionado con el de privacidad. Así, en los lugares públicos o semipúblicos como un comercio, museo, establecimiento escolar o planta industrial, la garantía del art. 18 de la Constitución solamente se proyecta sobre los espacios que están excluidos del acceso público. Una comisión policial puede ingresar en aquellos lugares desprovista de una orden judicial, pero no está facultada para extender su acción sobre esos espacios reservados.

La orden judicial de allanamiento conlleva la facultad de efectuar inspecciones y requisas en el domicilio por parte de la autoridad pública. Pero si el ingreso al domicilio se concreta con el consentimiento del titular, tales inspecciones y requisas no son viables sin la previa autorización judicial, a menos que el consentimiento se extienda a tales actos.

La Corte Suprema de Justicia adoptó un criterio restrictivo sobre la validez del consentimiento, en salvaguarda de la intangibilidad del domicilio. En el caso "Fiorentino" (12) estableció que el consentimiento debe ser expreso y descartó la validez del consentimiento tácito. La falta de oposición del titular del domicilio para que se practique un registro en modo alguno puede ser equiparada al consentimiento expreso. Por otra parte, en cada caso corresponde verificar las circunstancias bajo las cuales fue otorgado el consentimiento. De ese análisis debe resultar que el consentimiento expreso fue prestado con libertad y sin que el sujeto estuviera sometido a algún tipo de presión (13). El consentimiento debe ser prestado por el titular del domicilio, pero si esa titularidad es compartida, resulta suficiente la conformidad expresa de uno de ellos, aunque la investigación involucre al otro titular en la presunta comisión de un delito (14). El consentimiento expreso debe provenir de quien es titular del derecho de exclusión sobre el ámbito domiciliario. Así, el registro del camarote de un buque que ocupa el imputado por la comisión de un delito requiere del consentimiento expreso del capitán del barco (15).

El Alto Tribunal se apartó de estos presupuestos en el caso "Fiscal c. Fernández" (16).

En el caso "Ventura" (17) la Corte declaró la nulidad del allanamiento realizado en una oficina porque, si bien medió el consentimiento de los titulares del domicilio, el acta confeccionada por personal de la Administración Nacional de Aduanas nada decía acerca de cuáles eran los motivos del allanamiento ni que éstos se hubieran hecho conocer al morador. Tal circunstancia permitiría sostener que el consentimiento había estado viciado. Por otra parte, al momento de efectuarse el allanamiento sin orden judicial, "no había ninguna indagación en curso relativa a la exportación con la que se vinculó el documento" secuestrado.

De ello se deduce que el consentimiento prestado voluntariamente elimina la tipicidad del delito de violación de domicilio, pero carecerá de validez el allanamiento practicado sin orden judicial, con la consecuente invalidez de las pruebas obtenidas en el curso del procedimiento.

En el caso "Minaglia" (18) , resuelto el 4/9/2007, la Corte resolvió que la insuficiencia de fundamentación obrante en la resolución judicial que ordena un allanamiento no determina su invalidez si, conforme a las constancias que surgen del expediente, el allanamiento se justificaba por las tareas de prevención e investigación desarrolladas por el personal policial, de las cuales surgieron indicios o sospechas que determinaron el pedido de la orden.

Si existe una orden judicial para detener a una persona, no se requerirá la orden de allanamiento a fin de cumplir aquélla mediante el acceso al domicilio donde efectivamente se encuentra o al domicilio del cual es titular. De todas maneras, si la detención se hace efectiva en un domicilio del cual no es titular, no se podrán practicar requisas o inspecciones sin orden judicial o conformidad de ese titular.

En ciertos casos particulares la orden de allanamiento, inspección y requisa no requiere la individualización precisa del domicilio. Tal situación se presenta con los automóviles, buques y aeronaves. Resulta suficiente la autorización judicial genérica respecto de tales espacios para que la autoridad pública proceda a su inspección e, inclusive, a su secuestro a los fines del esclarecimiento de los hechos investigados. Cuando se trata de constatar si un automotor, buque o aeronave reúnen los requisitos que habilitan su circulación, la autoridad pública no requiere de autorización judicial previa para cumplir su cometido, ni tampoco si, constatado el incumplimiento de aquéllos, se dispone el secuestro correspondiente.

#### 185. La libertad de religión

La religión es un conjunto fundamental de creencias o dogmas sobre la divinidad, que se traduce en una serie de principios de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias.

La libertad de religión comprende dos potestades. La libertad de creencia o de conciencia y la libertad de cultos. La primera es una manifestación de la libertad de pensamiento sobre una materia religiosa. La segunda es la libre exteriorización de ese pensamiento a través de prácticas y ritos que conforman el culto.

La libertad de religión es creencia y práctica. Abarca la libertad de creer, o no, en aquellos principios metafísicos, y de exteriorizar esas creencias mediante la práctica libre del culto de una religión, sin que se le pueda imponer al individuo la obligación de practicar un culto determinado.

La libertad de creencia en materia religiosa es una especie del género libertad de pensamiento que tiene toda persona para desarrollar en su fuero interno las ideas políticas, filosóficas y sociales que nutren su personalidad. Es la libertad de creer en la divinidad en un sentido determinado, así como también la libertad de no creer; de formar un juicio según su propio criterio y decidir libremente, sin que esa acción intelectual pueda quedar sujeta a reglamentación legal alguna. Así, la libertad de creencia es absoluta, porque antes de su exteriorización se desenvuelve al margen de toda relación social y del ámbito de la ley positiva.

La libertad de cultos, como manifestación de la libertad de conciencia, se traduce en el derecho que tienen las personas para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas de la creencia religiosa.

Este segundo aspecto de la libertad de religión, en la medida que genera relaciones sociales que gravitan sobre la configuración de la vida social, puede ser objeto de reglamentación legal pero solamente en sentido negativo. La ley no puede indicar cuál debe ser el contenido del culto, sino limitarse a describir los comportamientos vedados con motivo de la práctica religiosa y que, básicamente, son aquellos lesivos para el orden público, la moral pública y los derechos subjetivos de los habitantes.

La libertad de religión está expresamente reconocida por el art. 14 de la Constitución, al disponer que todos los habitantes del país tienen el derecho de profesar libremente su culto que, necesariamente, presupone una creencia. Todo ello sin perjuicio de la situación especial que la Constitución le asigna a la religión Católica Apostólica Romana en función de una razonable consideración de tipo histórico, tradicional y sociológico (art. 2º C.N.).

Al margen del principio general establecido por el art. 14 de la Ley Fundamental, son varias las disposiciones de la Constitución relacionadas con el tema de la religión.

Es manifiesta la existencia de una creencia religiosa en los constituyentes, quienes, en el Preámbulo, invocaron la protección de Dios como fuente de toda razón y justicia. En el art. 2º, se impone al gobierno federal la obligación de sostener el culto católico apostólico romano; en el art. 19 se declaran reservadas exclusivamente a Dios todas las acciones privadas que no ofendan el orden o la moral pública ni perjudiquen a un tercero.

La pertenencia a determinada creencia o la práctica de un culto específico no pueden condicionar el reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos.

Tampoco, aunque como principio general, cuando se trata de derechos civiles (19) . Sin embargo, cuando la confesión religiosa es el factor determinante de una relación social razonable, es viable condicionar a ella el ejercicio de ciertos derechos. El derecho de enseñar o de aprender en una escuela confesional, de pertenecer a asociaciones confesionales, son algunas de las hipótesis en que, razonablemente, la religión o el culto pueden condicionar el ejercicio de ciertos derechos.

La libertad de conciencia, como ámbito de la libertad de religión, es reservada e integra el derecho a la intimidad de las personas. De manera que nadie puede ser obligado a revelar sus creencias religiosas para ejercer un derecho, con la salvedad de las hipótesis citadas en el párrafo anterior.

Esas limitaciones no se pueden extender, en materia de educación, a una suerte de prohibición impuesta a los padres para educar a sus hijos de acuerdo con los principios que conforman su libertad de creencia en materia religiosa. Tales

principios deben ser respetados por el Estado quien no puede, obligatoriamente, disponer que las personas en general, y los menores en particular, queden sometidos a la enseñanza de una determinada creencia religiosa y a cumplir el culto resultante de ella.

Se ha considerado que la objeción de conciencia resultante de una creencia religiosa no es razón suficiente para no cumplir con ciertas obligaciones cívicas como el deber de votar, porque la conducta es lesiva para el bien común.

La pertenencia a determinada creencia no permite excluir a quienes la poseen de establecimientos educacionales que no tienen carácter confesional, así como tampoco la expulsión de ellos a menores de edad que, sobre la base de sus creencias, no están dispuestos a reconocer los símbolos patrios.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, conforme a la cual la libertad de creencia religiosa no era impedimento para prestar el servicio militar obligatorio, fue atemperada por el tribunal en el caso "Portillo" (20) . Sostuvo que el servicio militar se debía prestar, por tratarse de una carga pública, pero bajo condiciones que no fueran manifiestamente lesivas para las creencias de un individuo, como la de portar armas.

La ley 21.745 y sus normas reglamentarias, en particular el decreto 2037/79, establecen los recaudos que deben cumplir las organizaciones religiosas, con la salvedad de la Iglesia Católica Apostólica Romana, para ser reconocidas como tales e inscriptas en el registro de cultos.

El Registro Nacional de Cultos es el organismo administrativo habilitado para disponer el reconocimiento y la consecuente inscripción de las organizaciones religiosas o su cancelación.

Para obtener el reconocimiento, las organizaciones deben informar sobre su nombre y domicilio; identificar a sus autoridades responsables; describir los principios fundamentales de su doctrina; la forma de nombramiento de sus autoridades religiosas; su forma de gobierno; describir las actividades permanentes y regulares de su culto; indicar el número aproximado de sus adherentes o fieles.

Si de la evaluación de tales elementos se comprueba el carácter específicamente religioso de la entidad y su compatibilidad con el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral y las buenas costumbres, corresponderá disponer su inscripción y reconocimiento para actuar en el territorio nacional.

La inscripción puede ser denegada o, en su caso, disponer la cancelación de la ya acordada, si se acredita que los principios o fines que originaron la constitución de la identidad, o la actividad que ella ejerce colisionan con los valores citados en el párrafo anterior; o cuando el ejercicio de sus actividades resulten distintos de los propósitos o principios que determinaron su reconocimiento; o cuando su actividad resulte lesiva para otras organizaciones religiosas.

Tanto la denegación del reconocimiento como la cancelación sólo pueden ser dispuestas previa sustanciación de un proceso administrativo en el cual se deberán respetar las reglas sustantivas del debido proceso. Asimismo, la decisión que se adopte es susceptible de revisión judicial.

#### 186. Libertad de enseñanza

La libertad de enseñar y aprender, prevista en el art. 14 de la Constitución Nacional, consiste en la potestad reconocida a toda persona para acceder, mediante su capacitación intelectual, al conocimiento de la labor científica en todas sus áreas y niveles, y para transmitir esos conocimientos a los demás en un marco de pluralismo y libertad de opinión.

Sintéticamente, enseñar significa instruir mediante la emisión de conocimientos y aprender es el acto por el cual se adquieren esos conocimientos. Ambos conceptos configuran una unidad indisoluble, ya que toda enseñanza presupone un aprendizaje y el acto de aprender es consecuencia y objeto de la enseñanza.

El rol de la educación es fundamental en toda sociedad política moderna y particularmente en un sistema democrático constitucional, cuya eficiencia y perdurabilidad están supeditadas a la capacidad de raciocinio de las personas. La educación es la única herramienta que permite desarrollar las facultades intelectuales y morales del ser humano. Ella lo relaciona con los progresos científicos de la humanidad y le brinda la capacitación necesaria para el ejercicio adecuado de sus derechos y el cumplimiento de los deberes que le impone una convivencia social armónica.

En una sociedad democrática, cada uno de sus integrantes debe ser apto para ser libre en la expresión de su personalidad y participar de los beneficios que le ofrece el desarrollo de la civilización. De tal manera, el rol de una educación pluralista no reside en adoctrinar al individuo, sino en fomentar el desarrollo y enriquecimiento de la personalidad para ser artífice y beneficiario del progreso científico.

Esa importancia está claramente reflejada en el texto de la Constitución. El art. 5° impone a las provincias, para disfrutar de la garantía federal, el deber de asegurar la educación primaria. El art. 14 reconoce a todos los habitantes del país el derecho de enseñar y aprender conforme a las leyes reglamentarias. El art. 25 dispone que el Gobierno federal no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio nacional de los extranjeros que traigan por objeto introducir y enseñar las ciencias y las artes. El art. 75, inc. 18, establece que el Congreso debe proveer lo conducente para el progreso de la ilustración mediante el dictado de planes de instrucción general y universitaria. El art. 75, inc. 19, determina que el Congreso debe sancionar leyes de organización y de base de la educación que, entre otros aspectos, garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación, y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

La libertad de enseñanza está integrada por tres conceptos.



En primer lugar, involucra la potestad de transmitir las opiniones y conocimientos científicos o dogmáticos que tiene una persona, exponiendo los fundamentos de su postura en la forma que se considere más conveniente para su comprensión. Esto se traduce en la llamada libertad de cátedra .

No advertimos reparos constitucionales para que el ejercicio de la enseñanza, en todos los niveles educativos, esté condicionado al requisito de la idoneidad. Requisito que, al margen de los antecedentes éticos y profesionales del educador, puede imponer la posesión de un título habilitante. Pero no es viable condicionar el ejercicio de tal derecho a la pertenencia a un grupo social o por razones de nacionalidad (21) , máxime al tener en cuenta la cláusula específica del art. 25 de la Ley Fundamental.

En algunas normas y estatutos de las universidades nacionales se establece el límite de 65 años de edad para ejercer la docencia universitaria. La Corte Suprema, compartiendo el dictamen del procurador general, consideró que tal temperamento era constitucional por su carácter general, sin atender a diferencias personales y estar desprovisto de todo ánimo persecutorio (22) . Consideramos que estas disposiciones, al margen de carecer de razonabilidad, no se compadecen con el requisito de la idoneidad.

La selección del personal docente de los establecimientos educacionales públicos y privados está sujeta al principio de idoneidad, cuyos contenidos varían en atención al nivel de enseñanza. Pero la facultad de designación en los establecimientos privados es más discrecional.

Cuando se trata de cargos universitarios en establecimientos públicos, en principio, su cobertura debe ser realizada mediante concursos de antecedentes y oposición. Pero la conformación del jurado no puede ser arbitraria. En el caso "Mocchiutti" (23) , la Corte Suprema de Justicia declaró la invalidez de normas emitidas por la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Córdoba, en cuanto integran el jurado del concurso para proveer el cargo de profesor titular de cátedra con un estudiante y un egresado.

En segundo lugar, abarca el derecho de aprender que tiene todo individuo para acceder al conocimiento y enriquecimiento cultural.

El derecho de aprender y enseñar, reconocido por el art. 14 de la Constitución a todos los habitantes del país, puede ser ejercido tanto en establecimientos públicos como privados, aunque conforme a los lineamientos generales que, en materia de planes de estudio y exigencias, imponga la autoridad estatal. El Estado puede y debe tener establecimientos educacionales y también puede subvencionar, total o parcialmente, los establecimientos de enseñanza privada. Pero en modo alguno puede monopolizar las libertades citadas en el art. 14. Tal solución es inadmisibles en un sistema político basado en el pluralismo.

Al decidir el caso "Pierce v. Society of Sisters" (24) , en 1925, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Oregón que imponía la educación obligatoria en establecimientos públicos. Consideró que

semejante sistema no se compadecía con la teoría de la libertad ni con el derecho de los padres a elegir el régimen de educación a que aspiran para sus hijos.

Conforme al art. 75, incs. 18 y 19, corresponde al Congreso dictar planes de instrucción general y universitaria, así como también sancionar las leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, con respeto de las particularidades provinciales y locales.

Tanto los establecimientos educativos privados como los estatales pueden condicionar el ingreso a aquellas personas que cumplan con ciertos requisitos intelectuales o establecer cupos. Sin embargo, en el caso de la enseñanza estatal, tanto la Nación como las provincias deben disponer las soluciones necesarias para que las limitaciones no se tornen arbitrarias.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que los establecimientos educacionales no pueden excluir a los alumnos que se abstienen de cumplir normas disciplinarias por razones religiosas, sobre la base del reconocimiento de la objeción de conciencia (25) . Pero no acontece lo propio cuando ello obedece a la aplicación de sanciones razonables por conductas agraviantes para la convivencia estudiantil y el principio de autoridad (26) . Asimismo, los requisitos físicos exigidos a los alumnos en los establecimientos nacionales deben ser razonables (27) .

En aquellos niveles en que la enseñanza reviste carácter obligatorio, la aportada por el Estado debe ser gratuita. Sin embargo, consideramos que la educación universitaria nacional no está sujeta a esa imposición. El carácter autárquico y autónomo de las universidades nacionales (art. 75, inc. 19, CN) les permite fijar aranceles en procura de conciliar los principios de gratuidad y equidad, con respeto de las imposiciones provenientes de la igualdad. Si se optara por esta alternativa, los aranceles deberán ser razonables y prever exenciones, totales o parciales, para los alumnos carentes de recursos suficientes que cumplen regularmente con las obligaciones educacionales.

En tercer lugar, importa la facultad que tiene toda persona para recibir el tipo y contenido de enseñanza que considere más conveniente para el desarrollo de su personalidad. Esto conlleva una potestad de elección sobre el material, procedimientos y establecimientos que efectuarán la enseñanza.

#### 187. Libertad de petición

La libertad de petición, que se traduce en el derecho de peticionar a las autoridades, es la facultad constitucional que tiene toda persona para solicitar o demandar, en forma individual o colectiva, a los funcionarios que ocupan los cargos gubernamentales para que produzcan determinados actos u omisiones.

Se trata, en cierto modo, de una especie de la libertad de expresión. La libertad de pensamiento y la libertad de expresión no son, al igual que las restantes libertades del hombre, elementos aislados cuya ponderación pueda efectuarse solamente en una zona específica de la vida social. Ellas abarcan todo su conjunto y se insertan especialmente en el sistema político de la sociedad al condicionar la efectiva

vigencia de las demás libertades, tanto las de carácter natural como los derechos que emanan de la creación positiva.

El destinatario del derecho específico de peticionar, reconocido por el art. 14 de la Constitución Nacional a todos los habitantes del país, es la autoridad pública.

Como toda libertad, no es absoluta, pues su ejercicio debe adecuarse a las leyes reglamentarias dictadas en el marco de la razonabilidad establecida por el art. 28 de la Ley Fundamental y con respeto del límite consagrado por la propia Constitución en su art. 22 para no incurrir en un acto de sedición. Así, la petición deja de ser un derecho que merece la tutela legal cuando, por su intermedio, se incurre en la comisión de delitos o se lesiona el orden o la moral pública. Tal es lo que acontece cuando la petición está acompañada deliberadamente con la ejecución, individual o colectiva, de actos prohibidos por la ley o que lesionan arbitrariamente los derechos de las personas (art. 19 CN). En esta categoría incluimos a los "piquetes", el corte de vías de comunicación impidiendo el tránsito, la ocupación de establecimientos públicos o privados donde, a la petición, se le añade un ingrediente ilícito con el objeto de incrementar su envergadura.

No se trata necesariamente de una libertad política. La circunstancia de que su ejercicio en algunas oportunidades tenga por objetivo controlar u orientar la actuación gubernamental no significa que tal derecho resulte de imposible concreción en ámbitos que son ajenos al proceso del poder. Los derechos que enuncia el art. 14 de la Constitución no tienen una caracterización civil o política determinadas, ya que ella resultará del marco político o civil en que se exteriorice su ejercicio.

En un sistema republicano, donde el poder emana de la comunidad y donde los gobernantes tienen el deber de servir a los gobernados, el ejercicio del derecho de petición genera para las autoridades una obligación mínima, cual es la de recibir, atender y analizar el contenido de las peticiones.

Sin embargo, cuando la petición no recae sobre temas para los cuales la ley impone al funcionario la obligación de expedirse, o sobre cuestiones que no involucran un derecho subjetivo, el ejercicio de la facultad de peticionar no trae aparejada la obligación correlativa de pronunciarse sobre la petición o de informar al peticionario sobre el curso de acción que eventualmente se impondrá a su solicitud.

Distinta es la solución cuando las peticiones se realizan para hacer valer un derecho subjetivo del peticionario y según el cauce establecido por la legislación reglamentaria. Estas peticiones, si son efectuadas ante el organismo competente, deben ser necesariamente resueltas con una fundamentación por la autoridad, y su contenido puesto en conocimiento del interesado en virtud del principio de la publicidad de los actos gubernamentales.

Otro tanto acontece en todos aquellos supuestos en que el contenido de la petición recae sobre temas para los cuales la ley impone al funcionario la obligación de expedirse sobre ellos o de imprimir un determinado curso de acción, aunque la

petición no esté relacionada con un derecho subjetivo del peticionario. En estos casos existe la obligación de dar curso al contenido de la petición, aunque no necesariamente la de informar al peticionario sobre la decisión adoptada.

Cuando la petición apunta a salvaguardar un derecho subjetivo, el derecho de peticionar no se agota con el simple acto de la petición, sino con el cumplimiento de la obligación de expedirse que pesa sobre la autoridad. Por ello resulta incorrecto entender que los alcances del derecho de peticionar se limitan al acto de la petición y que éste no es un medio a través del cual se ejercen otros derechos. Resulta difícil comprender cómo es posible hacer valer los derechos subjetivos que reconoce la Ley Fundamental si no es al acudir al ejercicio de la facultad de peticionar a las autoridades.

#### 188. Libertad de reunión y de asociación

El ser humano, debido a su naturaleza social, necesita, además de vivir, comunicar su pensamiento a otros y conocer el contenido del pensamiento de las personas con las cuales convive en el marco de innumerables relaciones sociales. El hombre es un animal que piensa, y sus vivencias se complementan al entrar en comunicación con quienes lo rodean mediante la recíproca expresión externa de sus conceptos, ideas y razonamientos.

La natural necesidad de convivencia y comunicación que impregna al ser humano, genera actitudes y comportamientos que reflejan su anhelo intenso de participación social. Esa expresión del comportamiento, que enriquece al individuo y al grupo social, se concreta mediante el ejercicio de diversas libertades, entre las cuales figuran la de reunión y la de asociación.

En ambos casos, se trata de libertades que, además de satisfacer la necesidad de convivencia existente en la naturaleza del hombre, son medios eficaces para concretar un sistema político democrático constitucional. No es posible concebir la vida democrática sin el ejercicio de las libertades de reunión y asociación, y su amplitud legal constituye un elemento eficiente para valorar, en cada caso concreto, la mayor o menor tipificación democrática de un sistema.

En los sistemas autoritarios, el reconocimiento de estas libertades es muy limitado y se lo condiciona a los fines transpersonalistas de la organización global. En cambio, en los sistemas democráticos constitucionales las libertades de reunión y asociación están relacionadas con su carácter pluralista, que hace a la esencia del sistema. Por tal razón, su reconocimiento legal y práctico es sumamente amplio y está sujeto únicamente a las razonables limitaciones impuestas por una convivencia social armónica.

#### 189. Libertad de reunión

La libertad de reunión, en un concepto amplio, consiste en la potestad que tiene cada individuo para comunicarse corporalmente con otras personas a fin de desplegar una actitud o una idea común. Su ejercicio se traduce en la agrupación momentánea, voluntaria e individual de varias personas en un lugar y tiempo

comunes, con el propósito de intercambiar opiniones, adoptar una decisión y, eventualmente, ejecutarla.

Una primera característica de la reunión es que se trata de una agrupación momentánea, porque la relación social que se entabla con ella concluye en el acto de la separación física de sus participantes. El carácter momentáneo de la reunión la distingue de la asociación, que presupone la permanencia en el grupo social de sus integrantes para concretar los objetivos que motivan la unión de las personas.

La reunión se caracteriza por ser voluntaria, en cuanto importa la participación intencional de los individuos en la agrupación, ya sea desde su inicio o en el curso de su manifestación.

Su objeto es el de intercambiar opiniones, aunque sea de manera elemental, en forma pública o privada, para determinar un curso común de acción.

La reunión puede ser privada o pública. Es privada cuando se realiza en un lugar cerrado donde el acceso está restringido o limitado a determinadas personas. Es una reunión de carácter íntimo a la cual concurren personas especialmente invitadas o que reúnen las cualidades personales exigidas por los organizadores que permiten controlar la identidad de los asistentes.

La reunión es pública cuando se realiza en un lugar público o destinado al uso público, como una calle o una plaza, en un lugar abierto al público, como un teatro o un salón público, o en un lugar privado cuando el acceso es absolutamente libre para todos los interesados.

La Constitución Nacional no enuncia de manera expresa la libertad de reunión. Ello permite incluirla entre los derechos no enumerados que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno previstos en el art. 33 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, la libertad de reunión no solamente tiene sustento constitucional en el art. 33, sino también en el art. 14 de la Constitución, en cuanto reconoce el derecho de petición que puede ser consecuencia de una reunión, y en el art. 19, que reconoce a los individuos la facultad de realizar acciones que no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero.

Como toda libertad constitucional, la libertad de reunión no es absoluta y su ejercicio está condicionado a las leyes reglamentarias. Entre estas limitaciones de orden constitucional, además de las previstas por el art. 19 de la Ley Fundamental, se encuentran las de su art. 22, que prohíbe las reuniones del pueblo para ejecutar actos gubernamentales o para efectuar una deliberación gubernamental.

Las limitaciones razonables que se establezcan a la libertad de reunión pueden ser genéricas o especiales y, en ambos casos, deben adecuarse a la previsión contenida en el art. 28 de la Constitución.

Las limitaciones genéricas deben resultar, para todo el territorio del país, de una ley del Congreso, ya que la libertad de reunión, como todas las libertades constitucionales, debe ser ejercida conforme a las leyes reglamentarias.

Las limitaciones especiales, que pueden ser de índole federal o provincial, son las dictadas por la autoridad competente para preservar el orden público, la moral pública, la seguridad pública y los derechos de los particulares. En estos casos, la reglamentación debe limitar sus alcances al mantenimiento del orden entre los participantes de la reunión, a evitar los disturbios generados por ellos y a evitar los perjuicios que pueda ocasionar a terceros el comportamiento de los individuos reunidos.

Precisamente, para tutelar el ejercicio de la libertad de reunión en el marco establecido por la legislación reglamentaria, el art. 160 del Código Penal reprime con prisión de quince días a tres meses al que impida materialmente o turbe una reunión lícita con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Una situación particular se plantea con los avisos y permisos previos que, en algunos casos, condicionan el ejercicio lícito del derecho de reunión.

Cuando la reunión es privada, el principio de la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Constitución Nacional) torna irrazonable toda norma reglamentaria que imponga el aviso previo a la autoridad. Con mayor razón lo será la exigencia legal de obtener una autorización a tal efecto.

Cuando la reunión es pública y se realiza en un lugar abierto al público o en un lugar privado, resulta razonable la exigencia del aviso previo, pero no del permiso previo. Es razonable el aviso previo para que la autoridad pueda adoptar las medidas necesarias destinadas a preservar el orden y la tranquilidad pública que puedan ser perturbadas por la aglomeración de las personas.

Pero cuando se trata de una reunión pública que se realiza en un lugar público o destinado al uso público, es razonable que, además de dar el aviso previo, los organizadores de la reunión tengan el permiso otorgado por la autoridad competente. En este último caso, a las razones genéricas de policía se añade la circunstancia del desarrollo de la reunión en una plaza, calle, teatro o estadio que pueda perturbar arbitrariamente el derecho que tiene la población para usar esos espacios físicos o los lugares que están próximos a ellos, con el consiguiente perjuicio para la libertad de tránsito y la seguridad de los inmuebles cercanos al lugar de la reunión, así como también para la higiene y salud mental de los habitantes.

Cuando el peligro es real o potencialmente serio y, en ambos casos, razonablemente inevitables los daños que acarrea, la autoridad puede denegar el permiso de reunión, pero no sobre la base de simples presunciones o temores infundados.

## 190. Libertad de asociación

La libertad de asociación es la facultad que tienen los individuos para agruparse, de manera permanente y voluntaria, con el objeto de alcanzar la finalidad lícita que se han propuesto, e inclusive de fundar una entidad a tal efecto.

Al igual que la libertad de reunión, la de asociación es una consecuencia inevitable de la condición social del hombre. Así como tiene derecho a desarrollar libremente su actividad individual para alcanzar las metas que se ha propuesto, también tiene derecho a unirse con otros individuos para satisfacer los intereses comunes políticos, económicos, religiosos, culturales, gremiales, deportivos y de toda otra índole lícita que determinan sus conductas.

La libertad de asociación está prevista en el art. 14 de la Constitución. Establece que todos los habitantes de la Nación pueden ejercer el derecho de asociarse con fines útiles y conforme a las leyes reglamentarias. Como el concepto de fines útiles tiene carácter subjetivo, corresponde considerarlo como sinónimo de fines lícitos.

La libertad de asociación no es absoluta, de modo que todo aquello que legalmente los hombres no puedan realizar en forma individual tampoco lo podrán hacer a través de una asociación, ni ella podrá tener por objeto la concreción de una actividad vedada a los individuos. Sin embargo, y bajo determinadas condiciones de razonabilidad, la ley puede reconocer a las asociaciones el desarrollo de una actividad de la cual están excluidos los individuos. Así, en las licitaciones de servicios u obras públicas, la norma puede reservar la participación a determinadas especies de asociaciones con el propósito de asegurar la solvencia económica y técnica del concesionario.

La Constitución se limita a reconocer la libertad de asociación con fines útiles, entendiéndose por tales todos aquellos que coadyuvan al bienestar y progreso, individual o social, dentro de los fines y propósitos enunciados por la Ley Fundamental. Esto significa que la calificación del fin útil que puede realizar la autoridad debe ceñirse estrictamente a los propósitos resultantes de la Constitución y, en particular, a la cláusula del art. 19 en orden a la licitud.

El concepto de finalidad útil, en el marco del art. 19 de la Constitución, es esencialmente dinámico. Lo que se considera nocivo para la sociedad y los individuos en un momento determinado —y por ende ilegítimo— puede dejar de serlo si cambia la idea social dominante.

Así, en 1991, la Corte Suprema de Justicia, al resolver el caso "Comunidad Homosexual Argentina" (28) , convalidó la decisión de la Inspección General de Justicia que rechazó el pedido de concesión de personería jurídica a una asociación cuyo objetivo consistía en desarrollar las acciones necesarias para evitar que la condición de homosexual fuera objeto de discriminaciones; en difundir el conocimiento de la homosexualidad; y bregar por la vigencia de los derechos humanos con prescindencia de la cualidad sexual de sus titulares.

Quince años después, en el caso "Asociación Travesti-Transexual", resuelto por la Corte el 21/11/2006 (29) , la Corte Suprema modificó su postura. Al revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones que había confirmado la resolución que

denegaba la petición de los accionantes para que se reconociera personalidad jurídica a la asociación que habían conformado, destacó que era imposible negar fines de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad a ciertas personas y elevar su calidad de vida.

La ley puede reglamentar el ejercicio de la libertad de asociación y supeditarla al cumplimiento de ciertos requisitos formales y sustanciales para garantizar la seguridad jurídica.

La libertad de asociación presupone la libertad de no asociarse. El acto de la asociación es esencialmente voluntario, de modo que resulta contradictoria toda referencia a una asociación compulsiva por el solo hecho de desarrollar individualmente cierto tipo de actividad.

Sin embargo, por razones de orden público, se ha impuesto y convalidado judicialmente la asociación obligatoria como condición para el ejercicio de ciertas profesiones liberales, o ciertas actividades comerciales o productivas de bienes.

En cambio, es absolutamente inviable la colegiación obligatoria de los periodistas, o exigir que, para el ejercicio del periodismo, se cursen ciertos estudios, pues se trata de una manifestación de censura incompatible con el desenvolvimiento de la prensa libre (30) .

#### 191. El matrimonio y las uniones homosexuales

Una especie particular de la libertad de asociación, por su relevancia natural, religiosa, histórica, social e institucional, es aquella que se traduce en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio y en el derecho a constituir una familia.

Esta libertad está contemplada en varias disposiciones de la Constitución.

El art. 20 de la Ley Fundamental, cuando reconoce a los extranjeros la potestad de ejercer todos los derechos civiles de los ciudadanos, incluye el de casarse conforme a las leyes que reglamentan dicho instituto. No existe una cláusula similar explícitamente referida a los nacionales, pero a través de una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución, está claro que ellos disfrutaban de igual derecho.

El art. 14 bis, tercer párrafo, establece que la ley debe prever la protección integral de la familia y la compensación económica familiar.

El art. 75, inc. 19, impone al Congreso el deber de asignar participación a la familia en la determinación de la política educacional.

Por otra parte, el derecho a contraer matrimonio y constituir una familia también resulta de las cláusulas contenidas en los arts. 19 y 33 de la Constitución.

En los tratados internacionales sobre derechos humanos encontramos diversas disposiciones reglamentarias del derecho a contraer matrimonio y de constituir una familia. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce a toda persona el derecho a constituir una familia, a la cual califica como

elemento fundamental de la sociedad (art. 6º). Añade, con el carácter de deber social, la obligación de asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos menores de edad, y el deber de los hijos de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten (art. 30).

El art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a toda persona, a partir de la edad núbil, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Asimismo, y tras señalar que sólo puede contraerse matrimonio mediante el libre y pleno consentimiento de los esposos, añade que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegido por el Estado.

El carácter natural y fundamental de la familia también es establecido por el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reproduce las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos respecto a la libertad de contraer matrimonio y de constituir una familia. Normas similares están expuestas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23).

Conforme a los principios rectores de la naturaleza humana, el matrimonio consiste en la unión permanente entre un hombre y una mujer para forjar una comunidad que es la familia. Grupo que, en su etapa primaria, está compuesto por los contrayentes y los hijos que están sometidos a su patria potestad. Aunque, mediante una visión comunitaria más amplia, ese grupo familiar también está integrado por los ascendientes, descendientes y parientes colaterales, tengan o no un vínculo de sangre.

A diferencia de la unión transitoria de carácter sexual o basada en la afinidad espiritual, el matrimonio presupone, en principio, la concreción de la unión permanente de un hombre y una mujer con el propósito de desarrollar, en lo sucesivo, una vida en común, tanto respecto a los afectos como a la proyección espiritual y material de la comunidad que se constituye. La procreación, como forma impuesta por la naturaleza humana para preservar la subsistencia de la especie, es normalmente uno de los fines del matrimonio, pero en modo alguno condiciona su existencia.

Las referencias que contiene la Ley Fundamental sobre el matrimonio y la familia son, esencialmente, de derecho positivo y carecen de toda connotación religiosa.

Para que exista el matrimonio legal, con los consecuentes derechos y deberes que acarrea, se debe constituir según la normativa reglamentaria que establezca el Estado, la cual puede diferir de aquella que proviene de las normas morales o religiosas.

La independencia del matrimonio civil del matrimonio religioso nos conducen a sostener la invalidez de todas aquellas disposiciones legales que condicionan la celebración del segundo a la concertación del primero. No ha sido este el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia (31) al avalar las normas que prohíben el matrimonio religioso sin su previa concertación civil. Consideramos que se

produce una intromisión indebida del Estado en la vida privada de las personas, al cercenar o restringir sus creencias religiosas.

Como el matrimonio civil no puede estar determinado por criterios religiosos, el legislador puede o no regularlo y, si lo hace, puede establecer la edad mínima que deberán tener las partes, establecer la monogamia o poligamia, la indisolubilidad o no del vínculo matrimonial, los requisitos previos que deben cumplir los contrayentes y las formalidades a que se debe ajustar el acto de la celebración.

El matrimonio, como acto generador de la familia, consiste en un acuerdo de voluntades de naturaleza contractual. Tal circunstancia permite al legislador determinar las características y efectos del contrato matrimonial conforme al principio de razonabilidad. Puede, o no, prohibir las convenciones prenupciales y las que se producen durante el matrimonio o con motivo de su conclusión; regular la administración y el régimen de los bienes de la sociedad conyugal; los derechos y deberes de los cónyuges; el régimen sucesorio entre los cónyuges.

La razonabilidad de las regulaciones legales, en función de los valores dominantes en la sociedad, debe ser ponderada por los jueces. Así como en 1986 la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en la ley de matrimonio civil que prohibía contraer nuevo matrimonio a quienes se hallaban divorciados(32), otro tanto podrá disponer respecto de la normativa que tipifica a los bienes gananciales o a la validez de los convenios entre cónyuges sobre la pertenencia de los bienes calificados, por la ley, como comunes y sin que exista la voluntad de disolver el vínculo matrimonial.

Conforme a la reglamentación que emana de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el matrimonio civil sólo se puede concretar entre un hombre y una mujer. Las uniones, aunque sean permanentes, entre homosexuales no conforman un matrimonio según el orden natural.

En efecto, conforme al art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el matrimonio consiste exclusivamente en la unión de un hombre y una mujer para fundar una familia. Esto excluye la posibilidad de calificar como matrimonio a la unión de homosexuales. Sin embargo, la ley 26.618 sancionada el 15/7/2010, modificatoria del Código Civil, autoriza la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El esnobismo que inspira la legalización matrimonial de personas del mismo sexo puede alterar la esencia natural del matrimonio y hasta de la propia familia. Si permitimos contraer matrimonio a personas del mismo sexo para evitar una presunta discriminación, ¿por qué no hacer lo propio con la poligamia, con el matrimonio entre hermanos, padres o madres con sus propios hijos o hijas y otros casos que lindan con el absurdo?

Es evidente que la solidez de la institución matrimonial, tal como se presentaba hasta fines del siglo XIX, se deterioró sensiblemente en el curso del siglo XX,

resultado a cuya producción contribuyeron varios factores, tanto de tipo social como cultural.

## 192. Derechos personalísimos

Bajo la denominación de derechos personalísimos queda comprendida una amplia gama de libertades individuales. Si bien estrictamente todas las libertades son personalísimas, esa calificación ha sido reservada a algunas de ellas que aparecen estrechamente vinculadas con el concepto de dignidad de la persona humana.

En las últimas décadas del siglo XX y debido a la influencia ejercida por la doctrina española sobre un sector importante del pensamiento constitucional latinoamericano, los derechos han sido objeto de una clasificación generacional. Así, se hace referencia a derechos de primera, segunda y tercera generación. A ellos se añade una especie de cuarta generación, que serían los derechos en vías de gestación.

La libertad es una sola, aunque comprende una infinidad de especies. Especies cuyo desenvolvimiento es paralelo a las necesidades que genera el carácter dinámico de la convivencia social. El progreso cultural y tecnológico de la humanidad trae aparejados nuevas necesidades y el deber de colmarlas satisfactoriamente mediante la tipificación de potestades comprendidas en el concepto de libertad.

Pero en modo alguno se trata de nuevos derechos que amplían el concepto de la libertad. En rigor, todos ellos brotan de la naturaleza humana y son objeto de reglamentaciones legales en función de los requerimientos sociales. Precisamente por ser especies de un género único, resulta inviable establecer una jerarquía entre ellas. Tanto los llamados derechos de primera, como los segunda o tercera generación, están en un plano de igualdad, y corresponde prever su coexistencia armónica al no revestir carácter absoluto.

## 193. Derecho al honor

El derecho al honor es la potestad que tiene toda persona física para exigir del Estado y demás individuos el debido respeto hacia uno de los atributos que, en función de la idea dominante en la sociedad, tipifican a la persona humana.

Se trata de una manifestación de la dignidad humana que, junto a la libertad, constituye los objetivos fundamentales de todo sistema político personalista.

Como derecho individual, consustanciado con los regímenes democrático constitucionales, que se nutren de los elementos emanados de los sistemas políticos personalistas, disfruta de reconocimiento en la Constitución Nacional. Ese reconocimiento proviene, básicamente, del art. 33 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de las referencias implícitas contenidas en los arts. 14 nuevo, 16, 18, 19, 28 y 43, entre otros.

Las dificultades para precisar socialmente el concepto del honor se trasladan al ámbito jurídico. En la medida que el concepto social carezca de esa precisión,

tampoco la podrá tener el concepto jurídico en la medida que el derecho positivo, para disfrutar de legitimidad, debe ser fiel reflejo de la idea social dominante; si no es así, la norma jurídica, carecerá de operatividad.

El art. 1071 del Código Civil tutela, implícitamente, el honor de las personas cuando la lesión proviene del ejercicio abusivo de un derecho.

Los arts. 109 a 117 del Código Penal tipifican los delitos contra el honor, describiendo las figuras de la calumnia e injuria. La calumnia —art. 109 del Código Penal— consiste en la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública. Aparentemente, la lesión al honor se materializa por el hecho de efectuar la imputación dolosa, pero no se aclara qué es el honor. La injuria —art. 110 del Código Penal— consiste en adoptar actitudes o formular expresiones que deshonran o desacreditan a una persona. Pero, ¿cómo es posible deshonrar si no se define el honor, a menos que aceptemos que la conducta deba ser idónea para atacar la dignidad o consideración subjetiva de una persona? En cambio, la desacreditación implica deteriorar la confianza o el prestigio que tiene o que debería tener, objetivamente, un individuo en el marco social.

La defensa del honor de las personas ha cobrado singular importancia en el curso de las últimas décadas. Toda afrenta susceptible de generar un sentimiento de vergüenza en el individuo suele ser englobada como lesión a su honor. Con la particularidad de que, cuando la lesión se invoca en el marco de un proceso civil, se demanda la reparación de un daño espiritual mediante el pago de una indemnización compensatoria y no de carácter punitivo o ejemplar. Nos enfrentamos a una situación realmente curiosa e impensable en otras épocas: los demandantes tasan materialmente un valor espiritual tan noble como el honor y así le asignan un valor económico a un bien de naturaleza esencialmente espiritual.

La convalidación doctrinaria y jurisprudencial de semejante conclusión sólo es explicable en un ámbito social inmerso en el materialismo. En una concepción de los valores donde los de índole material relegan a los espirituales, donde la compensación económica sustituye a la reparación del daño.

El concepto del honor puede ser objeto de una consideración subjetiva, objetiva o mixta. Desde un punto de vista subjetivo, el honor es el concepto que tiene cada persona de sí misma, reflejado en un sentimiento y una autovaloración sobre sus cualidades morales y reputación externa que debería merecer. Desde un punto de vista objetivo, el honor es el concepto que tiene la sociedad sobre las cualidades morales de un individuo y la reputación que a ella le merece. Finalmente, y conforme a un criterio mixto, el honor está reflejado por la consideración externa que debería merecer una persona como consecuencia de su comportamiento real y de su pensamiento.

Ninguno de estos conceptos es plenamente satisfactorio. Todos ellos presentan falencias cuando procuramos proyectarlos en un ordenamiento jurídico justo, porque el propio concepto de justicia también está impregnado de cierta relatividad en atención a la pluralidad de dogmas, ideologías y creencias existentes sobre el particular.

Para cumplir tal cometido y desempolvar algunos valores espirituales atrofiados por el materialismo imperante, es bueno recordar las dos primeras acepciones que, del honor, nos ofrece la Real Academia Española: "Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de uno mismo; Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea".

En tal sentido, el honor sería la cualidad que inviste una persona honorable por su comportamiento ético, tanto en la vida pública como en la privada.

#### 194. Libertad de intimidad y vida privada

El reconocimiento de la libertad de intimidad y el consecuente derecho a la vida privada configuran un valor que está estrechamente relacionado con la dignidad del ser humano en función de la idea política dominante en las sociedades en el siglo XXI. Sin embargo, y a pesar de tratarse de un valor firmemente arraigado en las sociedades modernas, la complejidad y diversidad de los efectos del dinamismo de las relaciones sociales dificultan precisar su concepto y contenido.

La libertad de intimidad disfruta de raigambre constitucional expresa. Ella emana del art. 19 de la Ley Fundamental, que dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

En la legislación positiva, reglamentaria del derecho a la intimidad y a la vida privada, está protegido por el art. 1071 bis del Código Civil, que califica como acto ilícito, sujeto a las condiciones genéricas de responsabilidad, la intromisión arbitraria en la vida ajena, al publicar retratos, difundir correspondencia, mortificar a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbar de cualquier modo su intimidad.

Para la citada norma legal, se vulnera el derecho a la intimidad cuando, además de darse cumplimiento a los presupuestos comunes condicionantes de la responsabilidad, se satisfacen los siguientes recaudos específicos: 1) Los aspectos o datos de la intimidad deben ser veraces, secretos y ocultos; 2) no deben ser exteriorizados públicamente por su titular; 3) la difusión o intromisión en el ámbito de la intimidad personal deben responder a un comportamiento doloso o culposo; 4) la difusión o intromisión no deben ser provocadas o consentidas por el titular de la libertad; 5) la intromisión debe ser arbitraria, es decir, no debe estar fundada en razones de orden público, en resguardo de la moral pública o en salvaguarda de los derechos legítimos de un tercero.

Son amplias las dificultades que se presentan para distinguir la vida privada de la intimidad. Si bien, generalmente, son presentadas como sinónimos, corresponde tipificarlas de manera independiente, porque el resguardo de la intimidad merece una protección más intensa que la protección de la vida privada.

Un criterio objetivo válido para esbozar esa distinción reside en determinar la existencia o inexistencia de una relación social. La vida privada presupone una relación social generada por dos o más sujetos que adoptan la decisión de reservar su contenido al conocimiento de terceros. En principio es secreta, pero puede ser lícitamente extraída de esa zona de reserva por alguno de sus sujetos, con el objeto de preservar legítimamente un derecho subjetivo del cual es titular. La intimidad, en cambio, es una manifestación de la privacidad desprovista de una relación social, y cuyo sujeto es una sola persona. Registrar el contenido de la conversación telefónica que mantienen dos personas importa una invasión ilícita a la vida privada de ellas, a menos que medie una orden judicial que autorice tal procedimiento con carácter previo. Apropiarse de las anotaciones efectuadas por una persona en sus papeles privados configura una invasión ilícita a su intimidad a menos que, como en el caso anterior, un juez ordene el secuestro de tales elementos en el marco de una causa judicial.

Tanto la intimidad como la vida privada son objeto de frecuentes violaciones por obra de los particulares y de organismos gubernamentales. Pero resulta sumamente grave cuando legislativamente se otorga licitud a esas intromisiones indebidas.

La ley 25.873, sancionada el 17/12/2003 y publicada el 9/2/2004, al modificar la ley nacional de telecomunicaciones dispuso que "los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información referida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años" (art. 2°). Su decreto reglamentario, 1563/04, dispone que el órgano estatal encargado de efectuar las interceptaciones era la Dirección de Observaciones Judiciales dependiente de la Secretaría de Inteligencia de Estado de la Presidencia de la Nación (SIDE), y las entidades prestatarias de los servicios de telecomunicaciones debían arbitrar los medios tecnológicos necesarios para registrar el origen y destino de las llamadas telefónicas, así como también el contenido de ellas durante diez años.

La Corte Suprema (33) destacó, con razón, que el tema planteado revestía gravedad institucional. Su consideración superaba el legítimo interés de las partes, para proyectarse sobre los intereses —también legítimos— de un amplio e importante sector de la sociedad como consecuencia del carácter general que revestían las normas cuestionadas. Ellas afectaban los derechos del accionante y de un sector social que no había intervenido en el juicio. En tales casos, y por estar involucrado el bien común, la Corte reiteró que su labor hermenéutica respecto de la Constitución y las normas federales no estaba limitada por el contenido de la sentencia apelada ni por las peticiones de las partes, porque a ella le incumbe decidir sobre la recta interpretación de las normas jurídicas.

Para resolver el caso, en orden a la validez de los efectos erga omnes y sin apartarse del marco de la acción de amparo promovida, la mayoría de los jueces de

la Corte sostuvo que correspondía distinguir tres categorías de derechos cuyo reconocimiento se podía intentar mediante esa vía procesal: "individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" (consid. 9º).

Al analizar cada una de las tres categorías, la mayoría consideró que:

1. Hay legitimación del accionante cuando, mediante la acción de amparo, ejerce derechos sobre bienes jurídicos individuales de los cuales es titular. Es el principio general, en materia de legitimación, aplicable a cualquier tipo de proceso. En estos casos, se procura tutelar "derechos divisibles", "no homogéneos", para reparar un daño individual del afectado. El derecho puede ser personal o patrimonial y los efectos de la sentencia no son erga omnes .

2. En el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución están previstos los derechos de incidencia colectiva que "tienen por objeto bienes colectivos". Son aquellos que pueden ser ejercidos por el defensor del Pueblo, las asociaciones cuyo fin es tutelar tales derechos y el afectado. En este caso, se procura tutelar derechos sobre un bien colectivo que es indivisible y pertenece a toda la sociedad. Importa, como en el caso del ambiente, "una lesión a derechos sobre bienes colectivos y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa". En estos casos, cuando se ejerce "en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa pretendi , pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación".

3. En el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución también estaría prevista la tercera categoría. Son derechos de "incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos". Tal sería el caso de derechos "personales o patrimoniales" que provienen de lesiones al ambiente, la competencia, los derechos de usuarios y consumidores y de los sujetos discriminados. A diferencia del caso anterior, no existe un bien colectivo pues se afectan derechos individuales "divisibles". La lesión a tales derechos individuales es provocada por un factor único que importa una "causa homogénea" para todos los individuos o un grupo importante de ellos. Cuando hay "homogeneidad fáctica y normativa", resulta razonable que la sentencia que tutela el derecho individual de una persona se extienda a la tutela de los derechos individuales de las restantes personas afectadas por ese factor común.

La tercera categoría conforma las acciones de clase.

La Corte destaca que ese tipo de acción no está regulada legislativamente y que corresponde que el Congreso la concrete. La existencia de un derecho será meramente nominal si no se instrumentan las vías judiciales para brindarles una efectiva y oportuna protección. Esa vía debe ser establecida por el legislador, pero su morosidad en modo alguno puede importar la desprotección —efectiva y oportuna— de un derecho. De presentarse semejante situación, ella debe ser remediada por la vía pretoriana como, en su momento, lo fue la acción de amparo.

En el caso, nos enfrentamos con una acción de clase que avala el efecto erga omnes de la sentencia. El actor asumió la defensa de su derecho a la intimidad, a la vida privada y al secreto profesional en su calidad de abogado. La lesión a tales derechos era provocada por un factor común y único, tanto para el actor como para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Hay una pluralidad de individuos que son los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y cuyos intereses son homogéneos. El grupo es homogéneo y la lesión afecta a todos sus integrantes.

Cabe aclarar que, si bien es cierto que la ley, para determinadas situaciones, puede establecer que las sentencias que se dicten tengan efectos erga omnes , ello no significa que las acciones que las impulsan sean sinónimo de acción de clase. Lo único que pueden tener en común con ella es, precisamente, ese efecto.

La sanción de la norma declarada inconstitucional revela los riesgos que acarrea para la intimidad y la vida privada el desarrollo tecnológico cuando su aplicación se realiza sin prevenir los peligros que genera para los derechos personalísimos de los individuos, y por añadidura a su dignidad.

En resguardo del derecho a la intimidad y a la vida privada, se ha resuelto que el derecho a la privacidad no abarca solamente la esfera doméstica, el círculo de amistad y familiar, sino que se extiende a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas que no están destinados a ser difundidos sin el consentimiento del titular.

#### 195. Límites de la libertad de intimidad y vida privada

Desde nuestra óptica, la libertad de intimidad consiste en los aspectos personales y reservados de la existencia del hombre que, por estar marginados de la relación social, no pueden ser objeto de la intromisión del Estado o de los particulares sin el consentimiento del titular de aquélla. Se trata de una libertad que se traduce en un derecho natural, reconocido por la ley, que tiene toda persona para preservar la invulnerabilidad de aquellos matices de su vida privada que no se introducen en el marco de la convivencia social.

El principio que establece la inexistencia de libertades individuales absolutas se extiende a la intimidad. Por más importante que sea esa libertad, su jerarquía es igual a la de las restantes libertades constitucionales en la dimensión individual. Todas ellas son especies de un género único: la libertad. De modo que el reconocimiento de la intimidad no puede conducir al exceso de anular otras libertades constitucionales, ni tampoco el ejercicio de cualquiera de estas últimas puede desembocar en el cercenamiento liso y llano de la intimidad.

Sobre el particular, al resolver el caso "Ponzetti de Balbín" (34) la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de expresar que el derecho a la intimidad previsto por el art. 19 de la Constitución ampara la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, costumbres, relaciones familiares, posición económica, creencias religiosas, la salud mental y física y todos los hechos o datos que conforman el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas



al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad. Agregó que, en tales casos, la intromisión sólo se justifica si está avalada por la ley y en función de un interés superior que resguarda la libertad de los terceros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la investigación de un delito.

En ese pronunciamiento, la Corte adecuó al caso particular los principios generales que había desarrollado en el caso "Viñas", donde expresó que las acciones privadas son las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas, y que sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o afectar directamente la convivencia social, el orden y la moral pública, y las instituciones básicas en que ellas se asientan (35). Añadió que las acciones humanas integran la intimidad cuando pertenecen al ámbito de la moral individual y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia, escapando a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados.

La vida privada y la intimidad no configuran una libertad absoluta. La Constitución, cuando en su art. 19 menciona a la vida privada, distingue dos situaciones.

La primera está representada por las acciones privadas que permanecen en la conciencia de las personas sin manifestarse en actos exteriores. La segunda la conforman las acciones privadas que se traducen en comportamientos externos, potencialmente aptos para generar relaciones sociales. Las acciones que integran la primera situación están al margen del ordenamiento jurídico y pertenecen a la moral individual. En cambio, la segunda situación, sin dejar de integrar la vida privada, importa conductas que se proyectan sobre la comunidad y las libertades individuales de las restantes personas. Cuando esa proyección es efectiva, el derecho a la intimidad debe ser armonizado con las restantes libertades constitucionales.

Se ha entendido que no se viola el derecho a la privacidad del trabajador cuando el empleador coteja los registros y constancias de la información que contiene el servidor de internet de la empresa y revisa el correo electrónico del trabajador, limitando prudentemente la inspección a verificar las comunicaciones dirigidas por parte del dependiente a otra empresa competidora, para comprobar el incumplimiento grave de sus obligaciones frente al empleador.

La divulgación televisiva de un correo electrónico con información personal constituye una violación del derecho a la intimidad y, además, la comisión del delito previsto en el art. 155 del Código Penal, pues la correspondencia electrónica está equiparada a la correspondencia epistolar.

Para tutelar, entre otros, el derecho a la privacidad, el 4/6/2008 fue sancionada la ley 26.388 que modificó el articulado del Código Penal. Así, reprime la apertura o acceso indebido a una comunicación electrónica que no le está dirigida; o se apodera indebidamente de una comunicación electrónica; o se encuentra en posesión de una comunicación electrónica no destinada a la publicidad y la hiciera

pública indebidamente, siempre que el hecho cause o pueda causar un perjuicio a terceros (arts. 153 y 155 del Código Penal).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, consideró que no se violaba el derecho a la privacidad ni el derecho a la propia imagen, si se condicionaba el ingreso de las personas a un edificio privado al registro de su imagen personal. La ausencia de un ejercicio abusivo de derechos y la razonabilidad de la medida obedecían a que se trataba de un mecanismo de prevención de los hechos delictivos y destinado a dotar de seguridad, no solamente a quienes utilizaban las unidades del edificio, sino también a quienes pretendían ingresar él, como el accionante. Tampoco se violaba el derecho a la propia imagen del actor (ley 11.723, art. 31) porque las imágenes no se registraban para ser dadas a publicidad (36).

#### 196. Intimidad y vida privada de los funcionarios públicos

Se plantea una situación particular con la vida privada de los hombres públicos y de los funcionarios públicos. Si bien no cabe negarles el derecho a la intimidad, su condición social o su función política en un sistema republicano reducen sensiblemente su derecho a la intimidad.

El conocimiento de algunos aspectos de su intimidad responde a un derecho legítimo de la sociedad para poder calificar la idoneidad moral del funcionario y decidir si éste participa de los valores éticos del pueblo que representa.

De esta manera, no solamente se satisface el recaudo de la idoneidad, previsto en el art. 16 de la Constitución, sino también la necesidad de dar información a los ciudadanos para que, en un sistema republicano y representativo, puedan participar eficientemente en el proceso político seleccionando a sus gobernantes y velando para que ellos, en su vida privada, mantengan el recato impuesto en la vida pública. Ello es así porque la vida pública de un funcionario es inseparable de su vida privada, cuanto mayor sea la importancia política del cargo que desempeña.

En definitiva, el derecho a la privacidad que tutela el art. 19 de la Constitución no es absoluto y, en el caso de los gobernantes, queda subordinado a la necesidad de acreditar permanentemente su idoneidad ética mediante un comportamiento ejemplar y conforme a las exigencias provenientes de los valores morales que albergan los gobernados. Sancionar a quienes difunden ciertos actos o datos íntimos o privados porque satisfacen el derecho a la información de la ciudadanía sobre el comportamiento ético de sus mandatarios es abrir las compuertas para fomentar el desarrollo de la hipocresía, de la impunidad social, de la corrupción y la inmoralidad.

Esta limitación a la vida privada de los funcionarios y hombres públicos no importa la negación de ese derecho sino, solamente, reducir el ámbito de su libertad a la intimidad por razones de orden público, moral pública y las que son propias de un sistema representativo y republicano de gobierno. Tales razones privan de

arbitrariedad a ciertas inferencias en la vida privada de los funcionarios y hombres públicos.

La Corte Suprema tiene resuelto que cuando las opiniones emitidas por un medio periodístico versen sobre materias de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas, lo cual comprende a los jueces, la tensión entre los distintos derechos en juego, como son el de buscar, dar, recibir y difundir información u opiniones y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de los funcionarios públicos, debe ser resuelta en el sentido de asignar un mayor sacrificio a quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública (37) .

#### 197. Derecho a la propia imagen

Uno de los supuestos más controvertidos, que puede generar responsabilidad en materia civil, consiste en la reproducción y posterior publicidad de las imágenes de una persona sin su conformidad. Esa conducta puede ser lesiva para el derecho al honor de una persona aunque, en la mayoría de los casos judiciales, estuvo relacionada con el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen que protege la ley 11.723. Sin embargo, se trata de una categoría independiente de los derechos personalísimos, cuya lesión se puede concretar manteniendo intangible el derecho al honor, la vida privada o la intimidad.

El art. 31 de la ley 11.723 establece que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin su conformidad. En caso de fallecimiento, se debe requerir la autorización de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. A falta de ellos la publicación es libre. Pero, la publicación también es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos, culturales, o con hechos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

La amplitud de las excepciones resulta razonable al considerar que la prensa, en sentido amplio, no tiene una finalidad comercial al satisfacer el derecho a la información en sus aspectos más variados, y que la reproducción de esas imágenes en los medios de comunicación responde, generalmente, a alguna de esas hipótesis legales que excluyen el consentimiento previo.

La publicación de fotografías, sin perjuicio de la amplitud que le dispensa la ley, debe ser hecha con respeto a los derechos del autor a que se conozca su autoría, y aunque hubiera procedido a enajenar su obra.

La alteración de las imágenes o de la obra, efectuada sin el consentimiento del autor a los fines de su difusión, no acarrea necesariamente la responsabilidad de quien las difunde. Así, la exhibición de una obra cinematográfica por televisión con la exclusión de ciertas escenas de contenido violento o erótico, para dar cumplimiento a las normas que imponen el buen gusto y la vigencia de los valores éticos, no vulnera los derechos del autor.

En apartamiento del principio que autoriza una amplia publicidad de todos los hechos concernientes a figuras públicas, la Corte Suprema de Justicia hizo

prevalecer sobre él la vigencia del derecho a la privacidad e intimidad, a raíz de la publicación de una fotografía de Ricardo Balbín cuando se encontraba internado en una clínica. Al decidir el caso "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida" (38) , del 11/12/1984, la Corte expresó que "el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen".

El carácter pendular y la falta de uniformidad al respecto son manifiestos en nuestra doctrina jurisprudencial. La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la fotografía obtenida del cadáver de una persona en un procedimiento policial, sin la autorización de su hijo, para su posterior difusión periodística, carece de licitud a menos que se acredite la existencia de un interés público. En su voto en disidencia, la jueza Carmen Argibay señaló que si la publicación de cualquier imagen debe ser autorizada por las personas cuyos sentimientos pueden verse afectados, ello implicaría trabar indebidamente toda actividad periodística y, en particular, del fotoperiodismo. Deberían justificar en todos los casos que el interés de la publicación supera el interés privado. Añadió que las intrusiones en espacios privados, ya sea que respondan a un ingreso físico o al uso de la tecnología audiovisual que permita captar sonidos o imágenes a distancia, tornan, en principio, ilegítima la publicación de los registros obtenidos. Pero la publicación de imágenes obtenidas en lugares públicos no constituyen un supuesto de ilicitud sin perjuicio de valorar las características del caso concreto (39) .

Distinta fue la solución adoptada por la sala E de la Cámara Civil, al resolver el caso "M., C.P. c. Editorial Sarmiento" (40) . En primera instancia, se eximió de responsabilidad a la empresa periodística por el contenido de las notas publicadas con motivo del homicidio de la hija de los actores. No así por la publicación de la fotografía que la mostraba muerta en el interior de un automóvil. Al revocar la sentencia, la Cámara sostuvo que la nota periodística, basada en las constancias obrantes en una causa penal, reflejaba la realidad de un hecho.

En algunos casos, cabe presumir que las fotografías obtenidas en lugares públicos, y por las características de la imagen registrada, cuentan con el consentimiento para su publicación. Pero ésta no se puede realizar con el propósito de ilustrar notas periodísticas que carecen de toda relación con las circunstancias que motivaron su obtención.

Reiteradamente, nuestros tribunales han decidido que la publicación del retrato fotográfico de una persona está limitada por dos normas jurídicas. En primer lugar, el art. 31 de la ley 11.723, que exige el consentimiento de la persona fotografiada, no para obtener la fotografía, sino para proceder a su difusión. En segundo lugar, por el art. 1071 bis del Código Civil, que sanciona el entrometimiento en la vida ajena mediante la publicación de retratos. A tales límites se añade la publicación de

la fotografía que responden a notas periodísticas carentes de toda relación con las circunstancias de tiempo y lugar bajo las cuales se obtuvo la fotografía.

Tales límites son aceptables siempre que, en cada caso concreto, respondan a una interpretación razonable y no a una concepción dogmática como la que predomina en nuestro ámbito jurisprudencial. La obtención de una fotografía en un lugar público es lícita si se la emplea para ilustrar una nota de interés público, o una nota en la cual se describen hechos desarrollados en público, sin tergiversar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen. En tales supuestos, el consentimiento de la persona fotografiada no es necesario.

En algunas oportunidades, las imágenes de una persona no son empleadas para ilustrar una nota periodística, sino con fines publicitarios. Aquí sí es exigible el consentimiento para la publicación de tales imágenes si ellas presentan un carácter relevante para la publicidad.

Por el contrario, si las imágenes obtenidas tenían por finalidad ser difundidas para la campaña publicitaria de una empresa, hecho que el accionante no podía ignorar por la ubicación privilegiada que adoptó, resultaba insostenible sostener que no había prestado conformidad, o cuanto menos, que desconociera la finalidad del evento, más aun cuando no acreditó haber formulado una oposición al respecto. Si los progenitores de un menor acuden a los medios de difusión para ubicar su paradero y suministran su fotografía, mal pueden, una vez encontrado el menor, pretender un resarcimiento por la difusión de su imagen.

La necesidad de contar con el consentimiento para la difusión de la imagen de una persona se impone cuando es obtenida subrepticamente y utilizada en un anuncio. La publicación, con fines comerciales, de una foto de trillizos recién nacidos sin autorización de los padres vulnera el derecho a la propia imagen aunque ellos habían accedido a que la publicación se realizara en otra revista de la misma editorial. El uso de la imagen del actor luego de vencidos los términos contractuales a tal fin genera una lesión al derecho a la propia imagen.

#### 198. Cámara oculta

Quienes propician elevar el derecho a la propia imagen a una categoría autónoma, en el marco de los derechos personalísimos, generalmente se limitan a relacionar su presunta violación con la inserción de imágenes no autorizadas en los medios gráficos de prensa.

Sin embargo, los profundos avances tecnológicos operados en los medios de comunicación social, suelen poner de manifiesto la inconsistencia empírica de aquella postura doctrinaria o, al menos, las dificultades racionales que se presentan cuando se procura concretar su aplicación a las imágenes transmitidas por el cinematógrafo, la televisión o internet, imágenes que suelen ser la esencia insustituible de notas periodísticas directamente relacionadas con acontecimientos reflejados en aquéllas. Mientras que, en la prensa gráfica, las imágenes se emplean para complementar o enriquecer la comprensión de la nota periodística que se difunde, en los medios audiovisuales la imagen constituye la

noticia, mientras que los comentarios o explicaciones orales apuntan a su descripción y significado.

Uno de los productos de aquellas innovaciones tecnológicas es el fenómeno que ha recibido el nombre de "cámara oculta". Consiste en la filmación de ciertos acontecimientos realizada sin el consentimiento de sus protagonistas o, de mediar éste, sin su conformidad para la difusión pública.

En sus comienzos, a mediados del siglo XX, la utilización de las cámaras ocultas respondió a una finalidad de esparcimiento o humorística. A veces con buen gusto, y otras no, se proyectaban en el cinematógrafo y, con mayor asiduidad, en programas televisivos, las imágenes de personas que afrontaban situaciones risueñas. En algunas oportunidades de manera espontánea y, en otras, provocadas deliberadamente por los equipos de filmación.

Cuando las filmaciones responden a un objetivo humorístico o de esparcimiento, y son realizadas en lugares públicos o en el ámbito de relaciones sociales que exceden los límites de la privacidad, consideramos que, en principio, no existe una violación al derecho a la propia imagen. Pero no acontece lo mismo si ellas son proyectadas con fines comerciales de publicidad porque, en tal caso, se estaría vulnerando el derecho de propiedad del titular de la imagen, si ella tiene un rol principal o relevante en la filmación.

Así, se ha resuelto que, cualquiera que sea el lugar público donde se desarrolla una filmación realizada con fines humorísticos, la difusión del comportamiento de uno de los participantes en los hechos filmados requiere su previo consentimiento inequívoco si la publicidad puede lesionar el derecho al honor o a la intimidad (41).

El riesgo que acarrea este tipo de sentencias condenatorias fue atemperado mediante dos procedimientos. Uno de ellos consiste en requerir la autorización y participación de los familiares o amistades de la persona que asume el rol de protagonista de la filmación. Ellos se encargan, con posterioridad a la filmación, de persuadir a aquélla para que acepte su difusión pública. Otra vía reside en ofrecer, a ese protagonista, una compensación económica para que permita la difusión del material filmado. Sugestivamente, en la inmensa mayoría de los casos, el consentimiento se brinda de manera casi inmediata. El pago de una suma de dinero, la entrega de bienes materiales o la estadía gratuita en lugares turísticos relegan a un plano absolutamente secundario la preservación del derecho al honor, de la vida privada, de la intimidad y, por supuesto, del derecho a la propia imagen.

Pero la cámara oculta no ha sido utilizada tan sólo con fines de esparcimiento y para provocar una sonrisa en el rostro de los televidentes. Su perfeccionamiento técnico permitió recurrir a ella respondiendo a propósitos institucionales o de relevante interés público.

Una de las modalidades que se han desenvuelto en el ámbito del periodismo, desde la segunda mitad del siglo XX, es el llamado periodismo de investigación. En algunas oportunidades, para ampliar la información que brindan al público los

gobernantes, particularmente el órgano judicial. En otras, para efectuar una indagación periodística sobre determinados hechos, que puede ser paralela a la que podrían estar realizando aquéllos.

El ejercicio del periodismo de investigación mediante el empleo de la cámara oculta es, probablemente, el que tuvo mayor repercusión pública y aceptación de la ciudadanía, al tiempo que generó novedosas consecuencias jurídicas. La difusión de las imágenes y sonidos que se obtienen a través de la cámara oculta ha permitido que el ciudadano común tome conciencia sobre la gravedad de ciertos episodios, con mayor intensidad que la resultante de la lectura de los detallados mensajes que emite la prensa gráfica.

Las grabaciones concretadas mediante una cámara oculta no constituyen una prueba judicial decisiva para tener por acreditados los comportamientos punibles en materia penal. Pero ello no significa que tales grabaciones carezcan de relevancia y que no puedan ser articuladas con otros medios probatorios.

En esta materia, las imágenes obtenidas mediante una cámara oculta tienen valor probatorio, a menos que se presenten deficiencias de índole técnico que permitan cuestionar su validez.

Se plantean interrogantes sobre la validez de la prueba cuando, mediante el procedimiento de la cámara oculta, se realiza la filmación sin el conocimiento del imputado o con vulneración de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, o lesión de su derecho a la vida privada o intimidad.

Tales aspectos fueron debidamente considerados por la sala 1ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al resolver el caso "Raña" (42) . El tribunal sostuvo que el periodista, a diferencia de un oficial de policía, no estaba obligado a dar a conocer su condición profesional, ni a informar que procedería a realizar una filmación, así como tampoco a contar con una autorización judicial previa.

La cámara oculta, o semi-oculta, e inclusive expuesta al público, no es empleada solamente como instrumento del periodismo de investigación para obtener datos de la realidad que, posteriormente, son difundidos por los medios de comunicación social. También acuden a ella tanto los particulares como los organismos gubernamentales por razones de seguridad o para constatar la comisión de irregularidades o infracciones. En las entidades financieras, comercios, edificios de vivienda u oficinas, reparticiones del gobierno y hasta en la vía pública, se advierte la existencia de cámaras que graban las imágenes de las personas que acceden a ciertos establecimientos o que transitan en algunos lugares públicos. Consideramos que la instalación y el funcionamiento de tales cámaras no son lesivos para los derechos personalísimos, siempre que respondan a una finalidad legítima y, en principio, que las grabaciones no sean objeto de difusión masiva.

El uso legítimo de las cámaras se extiende al registro de las fotografías que se impone como condición para que las personas puedan acceder a ciertos establecimientos públicos y privados.

Sobre el particular, se ha resuelto que no es procedente la demanda de daños promovida contra un consorcio de copropietarios que, como requisito para poder ingresar a las instalaciones ubicadas en un inmueble, exigía, no sólo la identificación de la persona, sino también la obtención de una fotografía mediante una webcam . Se entendió que no había una acción antijurídica pues no se comprometían los derechos personalísimos. Quienes intentan ingresar a ese edificio, han dejado por su propia voluntad de sustraer su presencia a los demás en ese ámbito, de modo que la captación de la imagen no puede afectar una privacidad inexistente.

#### 199. El derecho ambiental

La preservación del medio ambiente, su defensa y la consecuente obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para que la vida humana pueda desenvolverse en un marco físico, psíquico y cultural adecuado no era una materia extraña a la Constitución Nacional antes de la reforma de 1994.

Como derecho subjetivo, integraba e integra la categoría de los derechos residuales del art. 33 de la Ley Fundamental, entre otros, los derechos a la vida y la salud, que pueden ser lesionados en el marco de un ambiente nocivo para ellos. Como obligación del Estado, a cuyo cargo está el deber de ofrecer seguridad a los individuos y grupos sociales, estaba prevista en el anterior art. 67, inc. 16, de la Constitución que subsiste en el texto actual (art. 75, inc. 18): proveer lo conducente a la prosperidad, al adelanto y bienestar del país.

La creciente preocupación por evitar las alteraciones del medio ambiente que pudieran repercutir nocivamente sobre la vida humana fue una constante en el curso de la segunda mitad del siglo XX. Numerosas normas legislativas y municipales se han dictado con el propósito de tutelar el medio ambiente, aunque muchas de ellas no fueron debidamente aplicadas, ya sea por su ambigüedad, por su escaso realismo o por la desidia de los gobernantes encargados de ejecutarlas. La ausencia de una cultura ambiental debidamente consolidada también contribuyó a tal resultado. Muchas veces el progreso tecnológico y económico, en la medida que acarrea un incremento en el nivel material de vida, justificaba la alteración del medio ambiente que estaba avalada por el consenso social.

Semejante situación, a nivel mundial, determinó que se alzarán voces de alerta sobre la degradación del ecosistema en cuyo marco se desenvuelve la vida humana. Permanentemente se plantean problemas de índole internacional como la contaminación de los mares, la alteración de la capa de ozono, los cambios climáticos, las lesiones a la flora y a la fauna, así como también otros de índole local como la contaminación de los ríos y aguas subterráneas, del aire, la insuficiente higiene individual y social en las grandes ciudades, la depredación de los recursos naturales y hasta las conductas individuales cargadas de agresividad que perturban una convivencia social racional y equilibrada.

Sin embargo, no es mucho lo realizado sobre el particular porque el éxito de las medidas que se adoptan está condicionado a la existencia de una idea dominante en la sociedad destinada a defender, no solamente el macroambiente, sino también

el microambiente que rodea a cada individuo, y esa idea dominante todavía no integra los hábitos sociales. En esta materia, como en tantas otras, las normas jurídicas son ineficaces si no están precedidas por un real estado de conciencia social, y de una intensa y eficiente educación ambiental.

Los convencionales de 1994 se enrolaron en aquella tendencia que observa, con preocupación, la evolución que se opera en el medio ambiente y regularon detalladamente su tipificación y los medios formales para encauzarla de manera favorable al ser humano. Consecuencia de esa postura es el art. 41 de la Constitución, cuya fuente inmediata son los arts. 45 y 46 de la Constitución española de 1978, y la fuente mediata el art. 24 de la Constitución griega de 1975 y el art. 66 de la Constitución de Portugal de 1976.

#### 200. Contenido del derecho

El ambiente puede ser objeto de una definición restrictiva o amplia. Para la primera está integrado por el conjunto de elementos físicos que rodean y entre los cuales se desenvuelve la existencia de las personas. La tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre conforman el ambiente, tanto los objetos materiales de carácter natural como los artificiales.

En su concepción amplia, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana. Es esta segunda acepción la que adopta el texto constitucional.

El art. 41 menciona algunas de las cualidades que debe presentar el ambiente: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

En rigor, no es que el ambiente deba ser sano, sino que debe presentar los elementos que permitan a las personas disfrutar, en su ámbito, de su buena salud natural. De igual modo, en una definición negativa significa que el ambiente no debe presentar elementos que perturben la salud natural de las personas.

El equilibrio del ambiente significa que, en la medida posible, corresponde preservar una relación armónica entre sus elementos de la manera más cercana posible a su estado natural. Procede evitar toda alteración de ese estado o, al menos, atenuar sus efectos.

Si el ambiente es sano y disfruta de equilibrio, razonablemente será apto para el desarrollo humano, tanto en su aspecto material como espiritual. El carácter sano y equilibrado del ambiente no es un fin por sí mismo sino un medio para concretar ese desarrollo humano.

En el marco de ese desarrollo humano, la Ley Fundamental le asigna prioridad a las actividades productivas destinadas a satisfacer las innumerables necesidades del hombre. Pero, al satisfacer las necesidades del presente, cabe evitar todo tipo de acción que redunde en perjuicio de la calidad de vida para las generaciones

futuras. La aplicación del principio del desarrollo sustentable significa que toda actividad humana del presente no puede prescindir de ponderar los efectos que ella pueda acarrear para las generaciones futuras.

La técnica de redacción empleada para relacionar el medio ambiente con la actividad productiva es deficiente. Es sumamente vaga e imprecisa y puede generar las más absurdas y contradictorias interpretaciones. Se reconoce a todos los habitantes el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado. Se lo hace con el propósito de que sea apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas puedan satisfacer las necesidades del hombre.

#### 201. Preservación del ambiente y sujetos obligados

El derecho a un ambiente sano y equilibrado, más que un derecho individual, es un derecho social, cuya reglamentación resulta indispensable para armonizar su vigencia con el derecho a desarrollar actividades productivas que, en última instancia, repercuten positivamente en el progreso social y en el bienestar, tanto material como espiritual, de las personas.

La obligación de preservar el medio ambiente es impuesta, fundamentalmente, al Estado, que a través de las autoridades debe proveer a la protección del derecho, al uso racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Pero, esa obligación también se impone individualmente a todos los habitantes en el sentido de abstenerse de desarrollar conductas que puedan conducir a un resultado contrario al impuesto por la norma jurídica.

El incumplimiento de la obligación, que se traduce en un daño ambiental, acarrea una sanción primaria consistente en el deber de recomponer la situación actual hacia el estado en que se encontraba antes de la producción del daño.

Si el objeto del art. 41 de la Ley Fundamental es el de preservar un ambiente sano y equilibrado, resulta coherente que la norma establezca el deber de recomponer la situación alterada, mediante el restablecimiento del estado anterior. Esa obligación se impone no solamente cuando la alteración y consecuente daño son provocados por la acción humana, sino también cuando su causa reside en un fenómeno natural.

La reglamentación del art. 41 de la Constitución queda incluida entre las potestades delegadas por las provincias en el Estado federal (art. 121 CN). Se trata de una facultad otorgada prioritariamente a la Nación en todo el territorio del país, ya que las provincias se limitan a dictar normas complementarias acordes con las características locales de las que, sobre esta materia, emanen del Gobierno nacional.

En el caso "Acuña" (43) , la Corte Suprema entendió que era competencia de la justicia local el conocimiento de una causa en la que se investigaba la contaminación en las napas de agua, presuntamente producidas por la colocación de un sistema de eliminación de efluentes cloacales, si no se advierte que su

entendimiento corresponda a la justicia federal por aplicación de la Ley de Residuos Peligrosos. En el caso, no se había acreditado que las descargas pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera del límite de la provincia de Buenos Aires y que sólo si se probaba que esos efectos se extendían a otras provincias cabía sostener la competencia de los jueces federales.

## 202. Sujeto activo

El derecho a disfrutar de un ambiente sano y equilibrado es un atributo que el art. 41 de la Constitución confiere a todos los habitantes del país, debido a su carácter social. No es un derecho reconocido al individuo en particular, sino a la sociedad que integra.

El art. 43 de la Ley Fundamental, con referencia a la acción de amparo, dispone que ella podrá ser ejercida, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, por tres categorías de sujetos: los particulares afectados, el defensor del Pueblo y las asociaciones constituidas para la defensa de aquellos derechos, siempre que su organización y registro se adecuen a la legislación reglamentaria.

Si bien esta disposición se refiere solamente a una especie de acción procesal, que es el amparo, corresponde extender su aplicabilidad a toda acción judicial que tenga por objeto concretar la defensa de los derechos enunciados por el art. 41 de la Constitución.

No existen inconvenientes para que la acción sea ejercida simultáneamente por una asociación, el defensor del pueblo y el particular afectado. Tampoco para que se presenten en la causa los *amicus curiae* o "amigos del tribunal", aunque no tendrán legitimación activa (44).

## 203. Regulación legal del medio ambiente

La ley 25.675, promulgada el 27/11/2002, constituye la Ley General del Ambiente, reglamentaria de las disposiciones pertinentes del art. 41 de la Ley Fundamental.

Contiene los presupuestos mínimos para concretar una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

En forma genérica, dispone que la política ambiental nacional debe propender a asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de los recursos naturales y culturales que conforman el ambiente: mejorar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras; fomentar la participación social en la adopción de decisiones; promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; mantener el equilibrio, en un proceso dinámico, de los sistemas ecológicos; conservar la diversidad biológica; prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas puedan generar sobre el ambiente; fomentar valores y conductas sociales que permitan el desarrollo sustentable; asegurar el libre acceso de la población a la información ambiental; establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional para implementar políticas ambientales en el orden nacional y regional; y reducir los riesgos ambientales.

La aplicación de la ley corresponde a los tribunales ordinarios, nacionales o provinciales, según corresponda por el territorio, la materia o las personas. Pero, cuando los actos u omisiones provoquen una efectiva degradación o contaminación de los recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será de los jueces federales.

Toda obra o actividad que en el territorio nacional sea susceptible de degradar el ambiente, sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, queda sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental antes de su ejecución.

Las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas, como medidas previas para la autorización de aquellas actividades que pueden acarrear efectos significativamente negativos para el ambiente. Tales procedimientos son usuales en los emprendimientos destinados a la explotación minera.

La ley define como daño ambiental toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

El autor del daño ambiental está obligado a restablecer el estado anterior a su producción. De no ser posible, deberá abonar la indemnización sustitutiva que determine el juez interviniente que integrará el Fondo de Compensación Ambiental.

Si se produce el daño ambiental colectivo, están legitimados para obtener la recomposición del ambiente el defensor del Pueblo, el afectado, las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental y el Estado nacional, provincial o municipal, quienes, al igual que la persona directamente damnificada, también podrán reclamar la indemnización correspondiente. La promoción de la acción por daño ambiental realizada por alguno de los titulares impide a los restantes deducir demanda por el mismo hecho, sin perjuicio de solicitar su intervención en el proceso como terceros.

Las sentencias que se dicten tendrán efectos erga omnes, salvo si son rechazadas, ya sea en forma total o parcial, por cuestiones probatorias.

## 204. Residuos peligrosos y radioactivos

La cláusula final del art. 41 prohíbe el ingreso al país de residuos actual o potencialmente peligrosos para preservar un ambiente sano y equilibrado y de los residuos radioactivos. Se trata de la aplicación del Convenio de Basilea, celebrado el 22/3/1989 y que entró en vigencia el 5/5/1992.

Este convenio, ratificado por la Argentina, tiene por objeto prevenir el tráfico ilegal de desechos nocivos para la salud del hombre. Establece que la generación de desechos peligrosos debe ser reducida al mínimo y que ellos deben eliminarse en el lugar más próximo posible al sitio donde se generan; que los Estados tienen derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos, tal como lo dispone el

art. 41 de la Ley Fundamental; que ningún Estado permitirá la exportación o importación de desechos peligrosos, a menos que se realice de conformidad con los acuerdos internacionales cuyas normas ambientales deben ser más exigentes y rigurosas que las del Convenio de Basilea.

Con referencia a los residuos peligrosos, que son aquellos que pueden causar, directa o indirectamente, un daño a las personas y a los seres vivos, o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente general, están regulados por la ley 25.612 que derogó, parcialmente, a la ley 24.051.

El objeto de esa ley y de sus reglamentaciones apunta a minimizar los riesgos potenciales de los residuos; reducir la cantidad de los residuos peligrosos; fomentar el uso y transferencia de tecnologías para la preservación ambiental y el desarrollo sustentable y promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente. Asimismo, prohíbe la introducción, importación y transporte de residuos provenientes de otros países con excepción de aquellos previstos por la autoridad de aplicación siempre que los interesados acrediten que serán utilizados como insumos de procesos industriales.

La ley excluye de su normativa a los residuos biopatógenos, domiciliarios, radioactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques y aeronaves. Tales residuos quedan sujetos a las normas específicas que los regulen.

En cuanto a los residuos radioactivos, los progresos tecnológicos alcanzados han reducido sustancialmente su peligrosidad natural. Probablemente, el creciente uso de elementos radioactivos para satisfacer complejas necesidades humanas determinará que en los próximos años se anulen los riesgos que acarreen sus residuos. De modo que las leyes reglamentarias deberán tener en cuenta ese dinamismo tecnológico y, superando cierta imprevisión de los constituyentes, contemplar esa posibilidad apartándose de una lectura literal del texto de la Constitución.

Esa interpretación literal debe ser desechada por cuanto la finalidad de la norma constitucional consiste en que el territorio del país no sea una especie de basurero nuclear. En tal sentido, no cabe considerar como residuos de esa especie a aquellos elementos que, no obstante ser radioactivos, ingresan al país para su acondicionamiento y, después de ser reciclados, se exportan junto con los desechos radioactivos que puedan resultar de esa operación, y siempre que el procesamiento presente un grado de seguridad tal que disipe riesgos serios y ciertos en perjuicio de un medio ambiente sano.

#### 205. El uso pacífico de la energía nuclear

La Corte Suprema de Justicia al resolver el caso "Schroder c. INVAP" el 4/5/2010, destacó que el art. 41 de la Constitución en modo alguno impide el uso de la energía nuclear y el tratamiento de sus productos. Sostuvo que la tutela del ambiente no es abstracta ni de puro derecho pues, en cada caso concreto, corresponde acreditar el daño que se le ocasiona. Tal es lo que acontece con el combustible nuclear usado, destinado a su reacondicionamiento porque no es un

desecho nuclear. La introducción al país de combustible usado para su reacondicionamiento y posterior exportación al país de origen, no constituye una actividad riesgosa pues las medidas de seguridad disipan toda duda al respecto. De modo que es lícito el tratamiento de residuos nucleares para tornarlos aptos a los fines de su uso ulterior porque no son desechos nucleares.

#### 206. Defensa del consumidor

Así como el art. 41 de la Ley Fundamental, mediante una cláusula esencialmente programática, pretende tutelar el medio ambiente, el art. 42 se ocupa de la defensa de los consumidores y usuarios para proteger su salud, seguridad e intereses económicos; disfrutar de una información adecuada y veraz y gozar de la libertad de elección y de condiciones de trato digno y equitativo.

Esta norma, al igual que la anterior, estaba implícitamente prevista en el art. 33 de la Constitución. Su fuente son los arts. 51 y 52 de la Constitución española de 1978.

La libertad de empresa y de iniciativa económica protegida por el art. 14 de la Constitución conduce necesariamente a una economía libre y competitiva, en la cual es indiscutible el derecho que tienen los consumidores de bienes y usuarios de servicios para organizarse en defensa de sus libertades.

Pero las facultades que se les otorga a los consumidores y usuarios, ya sea a título individual o a las organizaciones que los congreguen, en modo alguno significan una participación de ellas ni un control sobre el proceso productivo de los bienes o generador de los servicios, sino sobre su resultado y la forma en que son ofrecidos al público consumidor.

Al margen de las acciones que puedan desarrollar los particulares y las asociaciones que los agrupen, el Estado tiene el deber de protegerlos mediante la provisión de las siguientes medidas:

1. Educar para el consumo.
2. Prevenir y evitar toda forma de distorsión de los mercados.
3. Controlar los monopolios naturales y legales.
4. Promover la calidad y la eficiencia de los servicios públicos.
5. Proveer a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

Con relación a este aspecto final, cabe destacar que en el curso de los últimos años se han constituido varias agrupaciones destinadas a defender a los consumidores y usuarios. Han cumplido y cumplen su misión con sugestiva eficiencia sin que fuera necesaria intervención o colaboración alguna del Estado y menos aun una regulación de tales entidades. Esta realidad deberá ser debidamente valorada por el legislador para evitar que la inserción del Estado en emprendimientos privados conduzca, como acontece con sugestiva frecuencia, a la desnaturalización de los objetivos constitucionales y a la creación de gravosos e ineficientes monopolios burocráticos.

## 207. Ley de Defensa del Consumidor

Como los derechos que enuncia el art. 42 de la Constitución ya estaban reconocidos en su texto antes de la reforma de 1994, el Congreso nacional no tuvo inconvenientes en sancionar, el 22/9/1993, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que fue luego reformada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361, sancionadas en 1995, 1997, 1998 y 2008, respectivamente.

En los convenios que celebren los consumidores o usuarios no tendrán validez las cláusulas que desnaturalicen o limiten la responsabilidad por daños de los proveedores, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor y las que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Todas las cláusulas contractuales, así como también las disposiciones de la ley, deberán ser interpretadas en el sentido más favorable para el consumidor. Se integran al régimen legal las normas de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial.

La ley determina las condiciones que debe presentar la oferta dirigida a los consumidores indeterminados, la publicidad y el estado de las cosas ofrecidas, así como también el contenido del documento de venta.

Establece que los daños al consumidor resultantes del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio determinan la responsabilidad solidaria del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor, quien haya puesto su marca en la cosa y servicio y del transportista si el daño obedeció a la prestación de este último servicio.

La autoridad nacional de aplicación de la ley es la Secretaría de Comercio Interior mientras que, en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, corresponde a las autoridades locales velar por su aplicación dictando las normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción, sin perjuicio de la intervención concurrente de la autoridad nacional en la vigilancia, contralor y juzgamiento de la aplicación de la ley.

La ley faculta al consumidor o usuario a iniciar acciones judiciales si sus intereses son afectados o amenazados. También podrán ejercer las acciones las asociaciones de consumidores o usuarios debidamente autorizadas, la autoridad de aplicación nacional o local, el defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal que, cuando no intervenga en el proceso como parte, deberá actuar como fiscal. Si en las causas judiciales se defienden intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios están habilitadas para intervenir como litisconsortes de cualquiera de los legitimados para accionar. Asimismo si tales asociaciones llegaran a desistir o abandonar la acción, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

En las acciones de incidencia colectiva, si se arriba a un acuerdo conciliatorio o transacción, se deberá correr vista al Ministerio Público Fiscal para que se expida sobre la adecuada consideración de los intereses de consumidores y usuarios afectados. Si se homologa el acuerdo, los consumidores y usuarios individuales

pueden apartarse de la solución adoptada para el caso. Si se dicta una sentencia que hace lugar a la demanda, tendrá efecto de cosa juzgada para el demandado y para todos los usuarios y consumidores que se encuentren en similares condiciones, con la salvedad de aquellos que expresen su voluntad en contrario antes de dictarse la sentencia.

La Cámara Nacional en lo Penal Económico, sala A, tiene resuelto que se viola la lealtad comercial, y por ende los derechos del consumidor cuando en la publicidad de sus productos una empresa denuncia sus precios con anteposición de la preposición "desde" y omite indicar el precio total de contado que debe abonar el consumidor. Sostuvo que las regulaciones de la actividad publicitaria responden a la necesidad de brindar una información adecuada y veraz a los consumidores tal como lo impone el art. 42 de la Constitución. Si bien la resolución judicial presenta un matiz paternalista que sólo se justificaría si la publicidad resultara viable para inducir al error a un individuo diligente, la Cámara expresó que, "Tanto la falta total de información, como una información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa, son todas variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar cierto servicio" (45) .

Poco después, la sala B de ese tribunal consideró que se violaban los derechos del consumidor y se incurría en una práctica desleal, si al ofrecer un servicio de internet se consigna el precio y el impuesto al valor agregado sin especificar el monto de este último. Expresó: "en la publicidad cuestionada no se consignó el precio al contado en dinero efectivo, por lo cual el consumidor final debería realizar un cálculo para determinarla" que es, precisamente, lo que quiere evitar la normativa que tutela al consumidor (46).

(1) Fallos CS 302:1284; 310:112; 323:1339; 324:5; 325:292.

(2) Fallos CS 320:2304 del 22/5/2007.

(3) Fallos CS 325:292; LA LEY, 2002-B, 520.

(4) Fallos CS 324:5; LA LEY, 2001-A, 189; 2001-E, 264.

(5) Caso "R. L. M.", LA LEY 2006-F, 146.

(6) Caso "C. S. M. y otros", LA LEY 2006-F, 144.

(7) Caso "Bahamondez", Fallos CS 316:479; LA LEY, 1993-D, 130.

(8) LA LEY, 1997-F, 602.

(9) Caso "S., M. d. C." del 9/2/2005 (LA LEY, 2005-B, 267; 2005-C, 676).

(10) 521 US 793.

(11) Fallos CS 301:771 del 17/9/1979.

(12) Fallos CS 306:1752; 307:440; 308:2447; LA LEY, 1985-A, 160.

(13) Fallos CS 308:733.



(14) Fallos CS 311:962.

(15) Fallos CS 311:2171.

(16) Fallos CS 313:1305.

(17) Sent. del 22/2/2005, Fallos CS 328:149.

(18) Fallos CS 330:3801.

(19) Fallos CS 302:604.

(20) Fallos CS 312:496.

(21) Fallos CS 311:2272.

(22) Fallos C.S.307:1964 y 327:5002.

(23) Fallos CS 320:2298.

(24) 268 US 510.

(25) Fallos CS 301:151; 303:1366.

(26) Fallos CS 271:342; 301:410; 310:2085.

(27) Fallos CS 305:1489; 306:400.

(28) Fallos CS 314:1534.

(29) Fallos CS 329:5266.

(30) Opinión consultiva 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(31) Fallos CS 304:1139; 312:122.

(32) Fallos CS 308:2268.

(33) Sent. del 24/2/2009, en el caso "Halabi". Fallos CS 322:111.

(34) Fallos CS 306:1892; LA LEY, 1985-B, 120; DJ, 1985-1-768.

(35) Fallos CS 296:16.

(36) Caso "MGC c. Consorcio" del 3/5/2005 (El Derecho, 27/7/2005; LA LEY, 2005-D, 44).

(37) Caso "Baquero" (Fallos CS 326:4136); caso "Patitó c. La Nación", resuelto por la Corte Suprema el 24/6/2008; Fallos CS 331:1530.

(38) Fallos CS 306:1982; LA LEY, 1985-B, 120.

(39) Fallos CS 330:4615 (caso "Franco c. Diario La Mañana").

(40) JA 2000-II-336.

(41) Caso "Battafarano c. Telearte", resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LA LEY, 1999-A, 484.

(42) LA LEY, 1999-D, 695.

(43) Fallos CS 328:1989.

(44) Acordada de la Corte Suprema de Justicia 28/2004; Fallos CS 327:2997.

(45) Sent. del 16/2/2005 en la causa "Frávega SA" (JA, 4/5/2005).

(46) Sent. del 24/2/2006, en autos "Telecom Argentina". LA LEY, 24/4/2006.

## CAPÍTULO VIII

### Libertad de expresión

#### SUMARIO

- 208. El pensamiento.
- 209. Expresión del pensamiento.
- 210. Libertad de prensa y libertad de imprenta.
- 211. Extensión de la libertad de prensa.
- 212. Internet.
- 213. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 14.
- 214. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 32.
- 215. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 1º.
- 216. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 33.
- 217. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 43.
- 218. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 68.
- 219. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 83.
- 220. La libertad de prensa en los tratados internacionales.
- 221. Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 222. Dimensiones individual, institucional y estratégica de la libertad de prensa.
- 223. Competencia para legislar sobre prensa.
- 224. Jurisdicción para juzgar en materia de prensa.
- 225. Límites de la libertad de prensa.
- 226. El delito de opinión.
- 227. Publicación de información reservada.
- 228. Publicidad oficial.
- 229. Censura.
- 230. La censura periodística y los comicios.
- 231. Derecho de rectificación o respuesta: antecedentes.
- 232. Concepto.
- 233. Regulación legislativa.
- 234. Valoración constitucional.

235. Jurisprudencia.

236. Secreto profesional y acceso a las fuentes de información.

237. Aspectos legales.

238. Límites.

239. Jurisprudencia.

240. Restricciones a la libertad de prensa.

241. Inhabilitación para ejercer el periodismo.

242. Doctrina "Campillay".

243. Doctrina de la "real malicia". Formulación de la doctrina.

244. Aplicación en el sistema jurídico argentino.

245. La real malicia en la jurisprudencia nacional.

246. Publicidad comercial.

208. El pensamiento

El pensamiento es la actividad intelectual del ser humano consistente en el ejercicio de la facultad del espíritu que le permite concebir, percibir, razonar, deducir o inferir conclusiones para arribar, consciente o inconscientemente, al conocimiento de un objeto material o inmaterial determinado.

El ser humano, como unidad corporal y espiritual indivisible, encuentra en el pensamiento a la herramienta que lo eleva por encima de los objetos materiales y lo proyecta hacia un universo infinito donde todo tipo de creación intelectual es previsible.

Ese instrumento consiste en una actividad intelectual interna con la cual se procura alcanzar el conocimiento, actividad cuyo acicate puede residir en la curiosidad, en la necesidad o ser fruto del azar. El conocimiento siempre presupone el pensamiento. No es posible conocer sin pensar previamente. En tal sentido, hasta las intuiciones propias del idealismo y la experiencia mecanicista del empirismo, con las cuales se puede acceder al conocimiento son frutos del pensamiento. Porque el conocimiento no es innato sino siempre consecuencia del acto de pensar.

El pensamiento, que se produce en el ámbito más íntimo del hombre, es esencialmente libre. No hay ley humana ni procedimiento técnico que impida su conformación en plena libertad, y es inútil todo esfuerzo encaminado en un sentido contrario que pretenda privarlo de esa cualidad.

209. Expresión del pensamiento

Para el ser humano, la libertad de pensamiento resulta insuficiente en el ámbito de su vida espiritual interna. Debido a su naturaleza social necesita, además de

pensar, poder comunicar su pensamiento a otros y conocer el contenido del pensamiento de las personas con las cuales convive en el marco de las innumerables comunidades y sociedades que integra.

La expresión del pensamiento puede ser concebida como un fin en sí misma, o como un medio para el logro de ciertos objetivos. En el primer caso, su ejercicio apunta, básicamente, aunque no necesariamente en forma exclusiva, a satisfacer el derecho de informar del sujeto activo. También puede obedecer al propósito de colmar el derecho a la información del sujeto pasivo. En esta hipótesis, la expresión del pensamiento se puede realizar mediante una comunicación directa entre los sujetos activo y pasivo, o a través de un medio técnico de comunicación social masiva.

Cuando se acude a tales instrumentos, nos enfrentamos a una especie de la libertad de expresión, que es la libertad de prensa o, si se quiere, la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social masiva.

#### 210. Libertad de prensa y libertad de imprenta

La libertad de expresión, como complemento indispensable e inseparable de la libertad de pensamiento, se exterioriza a través de diversos medios y procedimientos empleados por el hombre.

Esos medios y procedimientos engloban todas las formas y modalidades posibles en el curso del proceso que conduce a la expresión pública del pensamiento. La tribuna, la cátedra, el púlpito, el estrado, el foro, el teatro, el libro, los periódicos, el cinematógrafo, la radio, la televisión y todo otro medio o procedimiento que pueda concebir la inteligencia humana constituyen los instrumentos materiales sin los cuales no es posible verificar la existencia de la expresión del pensamiento. Se trata de elementos configurativos de la expresión, que no pueden ser considerados en forma aislada de la actividad espiritual creadora que desarrolla el hombre cuando piensa y exterioriza su pensamiento. Así como la libertad de pensamiento necesita de la libertad de expresión, esta última es inconcebible si está desprovista de los medios y procedimientos que permiten su concreción.

Tradicionalmente, la palabra escrita, y en particular la expuesta en los diarios, ha constituido —y constituye— el medio más eficaz para la expresión del pensamiento. Le permite al hombre tomar conocimiento y reflexionar sobre los hechos que se producen en su país y en el mundo y ejercer su derecho a tener acceso a la información. Esa información lo capacita para expresar su aprobación o desaprobación con los acontecimientos de modo de asumir una participación activa en el curso de la vida pública, con la adopción de decisiones en el ámbito de sus actividades privadas.

La información, transmitida en forma ágil por los medios electrónicos y ampliada por los diarios, conduce a los hombres a ensanchar sus horizontes e integrarse en el espíritu del mundo moderno, con el consecuente incremento de su nivel educacional y cultural. Es evidente que el desenvolvimiento de la palabra escrita tuvo una influencia decisiva sobre el crecimiento de aquel nivel y que,

complementado con el surgimiento de los nuevos medios técnicos de comunicación social, ha enriquecido considerablemente la capacidad intelectual del individuo y de los grupos sociales.

Al margen de las diferencias materiales que existen entre los diversos medios de comunicación, la libertad de expresión, con las características que le hemos asignado, se extiende y ampara toda manifestación del pensamiento con prescindencia de los componentes técnicos del vehículo de transmisión. Las ideas expuestas mediante los diarios, las publicaciones periódicas, los libros, la radio, el cinematógrafo, la televisión y la internet están comprendidas en el concepto de libertad de expresión por constituir, todas ellas, simples manifestaciones del pensamiento humano expresadas con una finalidad pública y abierta.

#### 211. Extensión de la libertad de prensa

Etimológicamente, el vocablo "imprenta" alude al arte de imprimir todo aquello que se publica en forma escrita. Consiste en insertar sobre el papel la imagen de un dibujo o texto. A su vez, la palabra "prensa" se refiere al instrumento mecánico que participa del proceso de impresión.

Ambos vocablos, utilizados como sinónimos, fueron originariamente relacionados solamente con la prensa escrita, por tratarse del único medio técnico de comunicación masiva existente hasta el siglo XIX. Pero, en el curso del siglo actual, el contenido de aquellos vocablos se ha extendido a otros medios cuyas características técnicas los convierten en canales idóneos para la transmisión pública y masiva del pensamiento.

La Constitución no protege directamente a los medios de comunicación, sino a la expresión del pensamiento en forma pública y abierta que, como necesariamente debe ser canalizada a través de ellos, proyecta la tutela normativa al instrumento empleado para la transmisión del pensamiento. Pero el bien jurídico tutelado es la libertad de expresión, ya sea cara a cara o a través de los medios técnicos de comunicación social, abierta o cerrada.

En el marco legislativo la proyección de la libertad de prensa e imprenta a otros medios técnicos de comunicación social fue establecida por la ley 23.054 que aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta por la Argentina en 1969, y por la ley 23.313 que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

El art. 13 de la primera de estas convenciones establece categóricamente que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los

derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

## 212. Internet

Es indudable que la creación de la imprenta fue el factor fundamental que permitió, hasta la actualidad, una amplia difusión del pensamiento humano mediante la publicación de folletos, libros, revistas y diarios. Otro tanto, aunque quizás en un grado inferior, aconteció con el cinematógrafo, la radio y la televisión. Decimos en un grado menor, porque sin mengua de su importancia fueron y son medios de comunicación que complementan la difusión de ideas, informaciones y hechos realizada en forma escrita. La prioridad en la difusión de un hecho muchas veces podrá corresponder a la radio y la televisión, pero su análisis y conocimiento más preciso sólo se podrá obtener mediante la lectura de los medios gráficos.

Los progresos tecnológicos, realmente asombrosos, registrados en el curso del siglo XX, fueron añadiendo nuevos medios de comunicación, tales como la telefonía y la transmisión satelital. Ellos pueden operar en forma independiente pero, con el objeto de ampliar sus objetivos en materia de comunicación, han sido interrelacionados con otros medios. A punto tal que, gradualmente, se mimetizan con ellos.

Mediante internet, tenemos acceso a los más importantes centros mundiales de documentación. Podemos acceder a ella desde cualquier ubicación física. Nos permite dar a publicidad nuestras ideas. Nos permite intercambiar ideas con otras personas, conformar grupos sociales de intercomunicación y concretar las más complejas transacciones comerciales. Por otra parte, el dinamismo tecnológico de internet enriquece, amplía y acelera el proceso de comunicación, con la particularidad de no estar sujeto a una regulación proveniente de los Estados o de los entes internacionales. Es la primera vez que un medio de comunicación gestado por la inteligencia de los individuos no pudo ser controlado por los Estados, sin perjuicio de alcanzar la regulación de las responsabilidades ulteriores cuando ello es técnicamente posible.

Si bien la libertad de expresión está desprovista de límites en el ámbito de internet, y en tanto resulta técnicamente imposible implementar ciertos tipos preventivos

de control para algunos de sus operadores, esto no significa que su ejercicio esté exento de responsabilidades ulteriores cuando se incurre en un acto ilícito.

Las normas y doctrinas jurídicas que fueron aparentemente satisfactorias para regir la libertad de expresión a través de los medios gráficos y electrónicos clásicos resultan manifiestamente insuficientes para cumplir un rol similar en el siglo XXI. Inclusive, la posibilidad de sustituirlas mediante nuevos mecanismos jurídicos coercitivos resulta remota, cuando no imposible.

Tales conclusiones brotan del agudo fallo dictado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, el 26/6/1997, cuando resolvió el caso "Reno v. American Civil Liberties Union" (1).

La Suprema Corte puntualizó que el desarrollo de internet ha sido, y sigue siendo, uno de los fenómenos más extraordinarios en materia de comunicación social. Su regulación gubernamental resulta imposible o insuficiente, no sólo porque internet desconoce todo tipo de fronteras y subordinación al poder estatal, sino también porque se desenvuelve en un espacio cibernético donde todos pueden ser, simultáneamente, operadores y receptores, al tiempo que pueden ocultar sus identidades e impedir toda posibilidad para su identificación física.

La Suprema Corte consideró inaplicables a internet ciertos criterios restrictivos cuya validez había declarado respecto de la radio y la televisión. A diferencia de estos medios, las comunicaciones a través de internet no invaden sorpresivamente el hogar ni aparecen espontáneamente en la pantalla. Es necesaria una actividad positiva y relativamente compleja del usuario, que descarta toda intromisión o limitación arbitraria en la capacidad individual de decisión.

El carácter de medio de prensa de internet fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1ª, al resolver el caso "Vita" (2). Sostuvo que las ideas expuestas por los imputados sobre el consumo de estupefacientes fueron hechas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa al exteriorizarse mediante internet.

Esta afirmación precedió a la sanción de la ley 26.032, del 18/5/2005, que establece: "La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión" (art. 1º).

Las comunicaciones mediante internet también quedaron equiparadas a la correspondencia epistolar bajo el nombre de correo electrónico ya que su violación, además de constituir un delito penal, importa vulnerar el derecho a la privacidad o intimidad.

Como consecuencia de esa doctrina jurisprudencial que fue adoptada por diversos tribunales, y al considerar lo dispuesto por la ley 26.032, se concretó la modificación de la legislación penal referente a la violación de secretos y de la privacidad, mediante la tipificación explícita de nuevos delitos dolosos.

La ley 26.388, sancionada el 4 de junio de 2008, reformó los arts. 153, 155, 173 inc. 16, 184 y 197 del Código Penal incorporando, además, el art. 153 bis.

Quienes en su momento, particularmente los periodistas, se agraviaban porque los medios de prensa se negaban a difundir sus obras, hoy pueden concretar su objetivo al utilizar sus propios medios electrónicos y decidiendo quién o quiénes pueden tener acceso para la determinación de los contenidos de "su diario". Para poder ejercer un derecho, es necesario disponer de los medios materiales que lo tornen efectivo. Actualmente, a un costo ínfimo, internet permite que todos tengamos "un medio de prensa". Claro está que su éxito en orden a la cantidad de "lectores" que accedan al mismo dependerá de nuestra habilidad y talento. Es un desafío a la creatividad que se no compadece con la mediocridad individual o social.

#### 213. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 14

El art. 14 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos que enuncia la norma, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, incluyendo entre los mismos el de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

Si bien el art. 14 incluye la libertad de prensa entre los derechos individuales, una interpretación sistemática y teleológica de su texto permite inferir que ella supera el marco personal con proyecciones institucionales y estratégicas. Ella abarca toda manifestación del pensamiento por medio de la palabra escrita u oral, o por cualquier otro procedimiento técnico que permita su exteriorización pública y abierta.

La Constitución no se limita a reconocer esta libertad sino que, además, le asigna una protección particular al disponer que está vedada la censura previa. Y esta protección se hace efectiva con prescindencia del carácter político, religioso, cultural, económico o comercial que puedan tener las ideas emitidas.

Dentro del género de las libertades individuales que establece el art. 14, el ejercicio de la libertad de prensa debe concretarse de conformidad con las leyes reglamentarias. No es una libertad absoluta, sino una libertad que, si bien no puede ser objeto de censura, hace pasible a quien la ejerce de las sanciones previstas por las leyes, cuando se aparta del cauce razonable previsto en la norma reglamentaria.

De todos modos, las normas reglamentarias de la libertad de prensa encuentran su límite en el art. 28 de la Constitución, que descalifica a aquellas disposiciones cuando su contenido altera o desnaturaliza las libertades constitucionales. Se trata de una cuestión de hecho que debe ser objeto de análisis en cada caso concreto. Además, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa por aplicación de la regla in dubio pro libertate, que rige la interpretación constitucional de las libertades y garantías.

Estas limitaciones, generadas por las normas reglamentarias, en principio sólo son viables bajo la óptica individual de la libertad de prensa, pero no cuando ella se

proyecta al plano institucional o estratégico. En tal caso, aquellas limitaciones deben ser objeto de una interpretación mucho más restrictiva que cuando la libertad de prensa se proyecta en su dimensión individual.

#### 214. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 32

En su art. 32, la Constitución Nacional dispone que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Como la interpretación auténtica de una cláusula constitucional no es sinónimo de la voluntad del constituyente ni de los argumentos que pudo haber expuesto para fundamentar su sanción, el análisis racional y sistemático del art. 32 conduce también a negar a las legislaturas provinciales la facultad de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. Si la finalidad del artículo 32 es la de fortalecer la protección dispensada para la libertad de prensa, ella resultaría desvirtuada si se les permitiera a las provincias restringir esa libertad.

La prohibición de sancionar leyes restrictivas que contempla el art. 32 significa que no se pueden dictar normas jurídicas específicas y únicamente aplicables al ejercicio de la libertad de prensa y al desenvolvimiento de las empresas periodísticas.

Toda reglamentación importa, en cierto modo, una restricción. De manera que la integración armónica de tales preceptos conduce a la conclusión de que son inadmisibles las regulaciones específicas para la libertad de prensa. Pero sí son viables aquellas que, debido a su carácter genérico, se extienden a las restantes libertades del hombre.

#### 215. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 1º

Las referencias constitucionales, expresas o implícitas, sobre la libertad de prensa, no se agotan en los arts. 14 y 32. Existen otros preceptos constitucionales que complementan la caracterización y naturaleza constitucional de esta libertad.

Entre ellas, cabe citar al art. 1º de la Constitución Nacional que establece la forma representativa, republicana y federal de gobierno.

La forma representativa y republicana, en su concepción tradicional, importa asignar al pueblo la titularidad del poder y su participación en la conducción gubernamental. Para ello, entre otros requisitos, se exige la vigencia de la libertad de prensa para que los actos del gobierno sean públicos y queden sujetos al control de los gobernados. Control que requiere una previa información y la efectiva posibilidad de formular críticas.

El gobierno republicano y representativo acarrea la responsabilidad de los gobernantes ante su mandante y el deber de rendir cuentas de su gestión. Para hacer efectiva esa responsabilidad y la rendición de cuentas, ya sea por vía legal o mediante el control pluralista, es necesario que sus actos sean públicos. Y esa

publicidad sólo es posible a través del libre funcionamiento de los medios técnicos de comunicación social.

#### 216. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 33

En este marco de análisis, merece una consideración particular el art. 33 de la Constitución que fue incorporado con motivo de la reforma de 1860. Establece que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Su fuente es la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos.

Si bien la norma carece de una referencia expresa a la libertad de prensa, la circunstancia de haber sido incorporada y debatida simultáneamente con el art. 32 le asigna un matiz institucional que refuerza el igual contenido asignado a esta última disposición.

Destacando la relación entre los contenidos de los arts. 32 y 33, en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, se expresó: "Siendo la palabra escrita o hablada, uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado".

De esta cláusula se infiere el reconocimiento de dos garantías para el desenvolvimiento de la prensa libre: el secreto profesional del periodista y la intangibilidad del banco de datos informativos de la empresa periodística y del periodista.

#### 217. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 43

La Convención reformadora de 1994 introdujo el art. 43 de la Ley Fundamental que asignó jerarquía constitucional a las garantías del amparo y hábeas corpus.

El párrafo tercero del art. 43 incluye en el ámbito de la garantía del amparo al instituto denominado hábeas data. Consiste en la facultad otorgada a toda persona de tener conocimiento sobre sus datos personales obrantes en registros o bancos de datos públicos o privados y de las razones que motivaron la incorporación de esos datos personales.

Sin embargo, la Constitución limita el ejercicio del hábeas data cuando el banco de datos pertenece a una empresa periodística o a un periodista individual, al establecer expresamente que no podrá afectar el secreto de las fuentes de información periodística.

Esta cláusula no se limita al ámbito de la acción del hábeas data sino que, a fin de evitar la autocensura y preservar la credibilidad del periodista ante sus fuentes informativas, lo faculta a no revelar el origen de los datos obtenidos lícitamente en el ejercicio de su profesión.

La cláusula del art. 43 de la Constitución, al margen de vedar explícitamente el ejercicio de la acción de hábeas data cuando su ejercicio afecte el secreto de las

fuentes de información periodística, proyecta su tutela sobre los bancos de datos periodísticos.

Corresponde destacar que la ley 25.326, reglamentaria del hábeas data, dispone en su art. 1° que, con motivo de la aplicación de esa normativa, "En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

#### 218. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 68

En el art. 68, se confiere una absoluta libertad de expresión a los legisladores con motivo del ejercicio de sus funciones. Establece que los miembros del Congreso no pueden ser acusados, interrogados judicialmente ni molestados por las opiniones o discursos que emitan en el desempeño de sus mandatos.

Si los legisladores estuvieran desprovistos de esta prerrogativa, los debates y discusiones suscitados en el tratamiento de los innumerables temas que competen al Congreso carecerían de efectividad. El funcionamiento del órgano legislativo no estaría amparado con las garantías suficientes para afirmar su independencia.

La prerrogativa alcanza a las expresiones vertidas tanto dentro como fuera del recinto del Congreso. Lo que resulta indispensable es que esté ligada con las funciones que desempeña el legislador, porque la prerrogativa no es de índole personal sino funcional. Por ende, los agravios vertidos por un legislador en el ejercicio de la libertad de expresión, que no guardan relación alguna con la función legisferante, no están amparados por la cláusula constitucional.

La emisión de expresiones agraviantes o constitutivas objetivamente de hechos delictivos o de actos ilícitos civiles, no puede traer aparejada la sustanciación de procesos penales o civiles contra el legislador.

Asimismo, una vez concluido el mandato, el legislador tampoco puede ser sometido a procesos penales o civiles por las expresiones que emitió mientras ejerció el cargo representativo.

Es el único caso en que la libertad de prensa reviste carácter absoluto, el cual se extiende al periodista o medio de prensa que reproduce las manifestaciones del legislador con motivo de la inmunidad acordada a él, y siempre que esas expresiones no se adopten como propias por el medio de prensa.

#### 219. Regulación constitucional de la libertad de prensa: artículo 83

El art. 83 dispone que, en caso de ser vetada una ley, se deberán publicar inmediatamente por la prensa las objeciones del Poder Ejecutivo y los nombres y fundamentos expuestos por los legisladores que participan en las votaciones en ambas Cámaras del Congreso. La inclusión de este artículo fue objeto de debate en la sesión del 29 de abril de 1853 de la Convención Nacional Constituyente.

Juan María Gutiérrez sostuvo "que siendo independientes los poderes y marcados sus límites, cuando llegan los conflictos, deben presentarse ambos fuertes, ambos responsables, personificarse en cierto modo. Que, si el ejecutivo tiene prensa para

ilustrar sus ideas, las cámaras por un medio más perentorio deben manifestar también la razón por que dictan sus resoluciones".

#### 220. La libertad de prensa en los tratados internacionales

Los tratados que cita el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, contienen diversas disposiciones referentes a la libertad de prensa. Algunas de ellas, a la luz de una interpretación semántica, amplían el concepto de libertad de prensa tal como está expuesto en la Constitución aunque, a nuestro entender, tales ampliaciones ya estaban contempladas en la Ley Fundamental sobre la base de una interpretación teleológica, sistemática y dinámica de sus preceptos.

Sin embargo, algunas de las cláusulas de tales tratados contienen disposiciones que restringen la tipificación de la libertad de prensa resultante del articulado de la Constitución, de manera que resulta necesario determinar si esas disposiciones prevalecen o están subordinadas a las cláusulas de la Ley Fundamental. Nosotros entendemos que, por aplicación de los arts. 27 y 31 de la Constitución, tales disposiciones carecen de validez.

#### 221. Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Interpretando el art. 13, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 5/85 del 13/11/1985, destacó categóricamente que "El art. 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el art. 13, salvo las excepciones contempladas en el inc. 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención".

Es importante retener que la Corte Interamericana incluyó en su condena a la censura preventiva cuya aplicación se propicia para evitar un daño a otros derechos humanos, inclusive aunque estemos en presencia de un ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con la salvedad prevista en el art. 13, inc. 4, de la Convención, jamás es viable aplicar la censura previa. No se puede instrumentar aunque lo permita la legislación local, así como tampoco cuando está avalada por otro tratado internacional. Solamente se podría aceptar cuando, en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, el Estado disponga la suspensión transitoria de las obligaciones que contrajo en la Convención. Así lo dispone el art. 27. Pero, si la Constitución del Estado no contempla esta hipótesis, esa censura no es viable porque prevalece la vigencia de la norma más favorable para la plena subsistencia de los derechos.

Mediante aplicación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que constituye una violación a su art. 13 la condena penal impuesta a un periodista que se limitó a reproducir parcialmente la información publicada en medios de prensa extranjeros sobre supuestos delitos cometidos por un diplomático local, con sustento en que no había probado la veracidad de los hechos citados por esas fuentes externas. Tal exigencia entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión al producir un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre los periodistas, de un modo que impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad. Agregó que el umbral de protección frente a los medios de prensa de que goza un funcionario público, si bien existe, tiene un alcance inferior al del ciudadano común.

#### 222. Dimensiones individual, institucional y estratégica de la libertad de prensa

La libertad de prensa o imprenta, como vocablos que abarcan las manifestaciones vertidas por cualquier medio técnico de comunicación social, está reconocida y protegida, entre otros, por los arts. 1º, 14, 19, 28, 32, 33, 43, 68 y 83 de la Constitución Nacional. Estas disposiciones conciben la libertad de prensa como un derecho individual, como una institución democrática que tipifica el contenido de la organización política, y como una libertad estratégica de la cual depende la vigencia efectiva de las restantes libertades civiles y políticas.

Los arts. 14, 19 y 28 son la fuente normativa de uno de los derechos individuales consagrados por la Ley Fundamental, cuyo ejercicio debe ser acorde con las leyes que lo reglamenten. Claro está que esas leyes reglamentarias no pueden alterar la esencia del derecho reconocido o imponer trabas para su ejercicio que conduzcan a la desnaturalización de la finalidad personalista establecida por los preceptos constitucionales.

En los arts. 1º, 32, 33, 43 y 68 de la Constitución, la libertad de prensa supera el ámbito de los derechos individuales configurando uno de los pilares básicos sobre los cuales se estructura la organización del sistema democrático constitucional. A ellos se agregan las previsiones de publicidad por la prensa impuesta por el art. 83.

En su dimensión individual, la libertad de prensa se ejerce con el único propósito de satisfacer, en forma pública, la necesidad que tiene el individuo de expresar su pensamiento. Además, esa expresión del pensamiento carece de connotación institucional o de significativa relevancia para el interés público. En este ámbito, la libertad de prensa, por tratarse de una de las especies del género libertad, está situada en un plano de igualdad con las restantes libertades individuales del hombre. Quien la ejerce no puede disfrutar de un tratamiento jurídico preferencial porque todas las libertades individuales, como elementos que configuran la dignidad humana, están en un plano de igualdad, sin que sea viable establecer una escala jerárquica para ellas.

Pero la situación varía cuando la libertad de prensa, al igual que cualquier otra libertad, se desenvuelve en una dimensión institucional o estratégica. En el marco de ella, la libertad de prensa recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para

satisfacer una necesidad individual, sino para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales.

El ejercicio de la libertad de prensa, en su dimensión institucional o estratégica, no es absoluto pero está impregnado de un valor jerárquico superior al asignado a los derechos subjetivos individuales o sociales que puedan ser razonablemente perturbados con motivo de su ejercicio, pues se relaciona con la tipificación que merece un sistema político determinado como consecuencia de la gravitación que tengan sobre él los grupos sociales de opinión pública.

Los constituyentes, al advertir la relevancia institucional y estratégica que tiene la libertad de prensa, no se limitaron a tipificarla como una libertad individual, y por ello a acordarle la protección amplia que la Constitución dispensa a las restantes libertades del hombre, sino que consideraron necesario rodearla de una protección considerablemente superior.

Así, en forma categórica, dispusieron prohibir la censura previa (art. 14), y asimismo establecieron que el Congreso Nacional no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta (art. 32) o que establezcan sobre la imprenta la jurisdicción federal (art. 32); que no se pueden desconocer los derechos y garantías que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33); que no se puede afectar el secreto de las fuentes de información periodística (art. 43); que ningún miembro del Congreso puede ser sometido a proceso judicial por las expresiones que formule con motivo del ejercicio de su función (art. 68).

Es así que la Constitución Nacional no ha concebido la libertad de prensa en beneficio exclusivo de los individuos que publican sus ideas. La libertad de prensa no se agota con su ejercicio individual. Ella también fue establecida como un instrumento indispensable para consolidar las restantes libertades y permitir el desarrollo de una vida democrática integral, con todas sus virtudes y defectos, que no son propias del sistema sino consecuencia de la conducta de los hombres.

El sistema de control en una democracia constitucional no solamente se expresa en la estructura gubernamental tal como es fijada por la ley, sino también en su ámbito externo como consecuencia de la cada vez mayor fuerza política que adquiere el pluralismo debido a la amplitud del derecho a la información.

Si bien en teoría, y por imposición de la idea política dominante, todos se manifiestan a favor de la libertad de expresión, en la práctica muchos son los que establecen límites a esa libertad, cuyos alcances varían según las circunstancias, personas y valores invocados.

Las razones sociales o morales que generalmente se invocan para avalar las restricciones a la libertad de prensa son consecuencia de la inserción del sistema moral en el sistema político. Muchas veces encubren concepciones autocráticas o intolerantes, que pretenden masificar a los individuos mediante la imposición coactiva de una forma única de acción y, con un procedimiento políticamente eficaz, suprimir la libertad de prensa como paso previo para acometer impunemente las restantes libertades del hombre.

## 223. Competencia para legislar sobre prensa

En su primera parte, el art. 32 de la Constitución Nacional establece que el Congreso federal no puede dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta.

Una interpretación literal del texto citado permitiría dilucidar fácilmente su significado: sólo las legislaturas provinciales estarían habilitadas para regular la libertad de prensa.

De acuerdo con la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto el Congreso Nacional como las legislaturas provinciales pueden dictar normas reglamentarias de la prensa en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones territoriales, al tiempo que es facultad exclusiva y excluyente del primero el dictado de normas civiles o penales propias de la legislación común que contengan referencias implícitas sobre la libertad de prensa.

Sin embargo, la cláusula del art. 32 no impide al Congreso, en forma indirecta, sancionar normas generales para todo tipo de actividad que pueden alcanzar el ámbito de la actividad de prensa. El texto constitucional impide la sanción de normas específicas restrictivas para la libertad de imprenta, tanto por el Congreso Nacional como por las legislaturas provinciales, pero no la emisión de normas reglamentarias de tipo general, a las cuales la actividad de la prensa, como cualquier otra clase de actividad, deberá ajustarse si aquéllas gozan de razonabilidad y no desnaturalizan las libertades constitucionales en el caso específico.

Se plantea una situación particular con el derecho de rectificación o respuesta previsto por el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y cuya validez constitucional admitió la Corte Suprema de Justicia (3) .

En el orden nacional, ese derecho no fue reglamentado legislativamente y su aplicación se concreta, en cada caso, conforme a las reglas que establecen los jueces. En el orden provincial, en cambio, son varias las provincias que incorporaron ese instituto a sus constituciones. Consideramos que las reglamentaciones provinciales del derecho de rectificación o respuesta carecen de validez porque, como se trata de una materia propia del derecho civil, su regulación fue delegada al Congreso nacional conforme al art. 75, inc. 12 de la Constitución. Además, como el citado derecho está previsto en una convención internacional, la regulación de sus contenidos es una materia federal que incumbe al Congreso de la Nación.

## 224. Jurisdicción para juzgar en materia de prensa

La segunda parte del art. 32 de la Constitución dispone que el Congreso federal no dictará leyes que establezcan sobre la libertad de imprenta la jurisdicción federal.

La interpretación realizada por la Corte Suprema de esta cláusula constitucional permite distinguir tres etapas.



El 12 de abril de 1863, al resolver el caso "Manuel G. Argerich", la Corte confirmó el fallo del juez que se había declarado incompetente, por entender que el art. 32 de la Constitución excluía del ámbito de la justicia federal el conocimiento de las causas que versaban sobre injurias cometidas a través de la prensa (4).

Sin embargo, al año siguiente, el 19 de septiembre de 1864, la Corte rectificó ese criterio en el caso "Benjamín Calvete". La Corte sostuvo que la abstención que impone el art. 32 a la jurisdicción federal "está circunscripta a aquellas infracciones de las leyes comunes que pueden ser castigadas por los tribunales de provincia a quienes compete hacer cumplir sus preceptos; como son: las ofensas a la moral, y demás que se cometan abusando del derecho garantido a la prensa de poder discutir libremente todas las materias religiosas, filosóficas y políticas; las injurias y calumnias inferidas a personas privadas, o a empleados cuyas fallas es permitido denunciar o inculpar, porque la Constitución no les ha concedido inmunidad; pero que de ningún modo se extiende a aquellos delitos que, aunque cometidos por medio de la prensa, son violaciones de la Constitución Nacional o atentados contra el orden establecido por ella, y puesto bajo el amparo de las autoridades que ha creado para su defensa" (5).

Explicando la aparente disparidad de criterios aplicados en los casos "Argerich" y "Calvete", la Corte aclaró que, en el primero de ellos "se trataba de un simple abuso de la libertad de la prensa, pues ni el jefe de policía, ni ningún otro empleado nacional, excepto los miembros del Congreso, goza de la inmunidad conferida por la Constitución exclusivamente a éstos" (6).

La segunda etapa de este proceso interpretativo del art. 32 de la Constitución se inició el 23 de diciembre de 1932, cuando la Corte resolvió el caso "Ministerio Fiscal de Santa Fe c. Diario La Provincia". En esa oportunidad, se acusó al editor responsable del diario por la comisión del delito previsto en el art. 209 del Código Penal, hecho que había consistido en incitar a la rebelión mediante una publicación periodística. Tanto el juez federal como la cámara de apelaciones se habían declarado incompetentes para entender en el caso. Llegado el caso a la Corte, ésta rectificó su tradicional jurisprudencia y declaró la competencia de la justicia federal.

La Corte mantuvo esta doctrina (7) hasta el año 1970, en que fue ampliada la jurisdicción de la justicia federal para entender sobre los delitos cometidos a través de la prensa.

La Corte extendió la potestad de juzgamiento de la justicia federal a todos aquellos delitos comunes que cayeran bajo su jurisdicción. Así, en el caso "Raúl Alberto Ramos", sostuvo que "lo expuesto en los anteriores considerandos no importa reconocer al Congreso la facultad de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni la de someter tales asuntos a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales, sino sencillamente afirmar, sin contravenir las limitaciones del artículo 32, el principio constitucional de que los delitos comunes previstos en el código penal —cualquiera sea el medio empleado para su comisión— deben ser juzgados por los tribunales federales o por los provinciales, según que las cosas y las

personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones, como lo manda la última parte del artículo 67, inciso 11, de la Constitución Nacional" (8). Tal es la doctrina jurisprudencial vigente (9).

## 225. Límites de la libertad de prensa

El art. 14 de la Constitución Nacional, cuando reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, dispone que su ejercicio deberá ser conforme con las disposiciones reglamentarias.

En este aspecto, la libertad de prensa ejercida en su dimensión individual, al igual que las restantes libertades constitucionales, no reviste carácter absoluto.

Por otra parte, el art. 28 de la Constitución establece un límite para la reglamentación de las libertades constitucionales. Ella no puede tener un alcance tal que, genéricamente o en el caso concreto, importe la negación de la libertad o su desnaturalización.

No cabe la censura ni algún tipo de intervención preventiva. Pero la protección dispensada a la libertad de prensa por las consecuencias que genere la emisión del pensamiento cesa cuando ella afecta arbitrariamente el orden y la moral públicos, o los derechos legítimos de los individuos, en ámbitos que no tienen carácter institucional o estratégico. Esta solución también está impuesta por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se impone la necesidad de sistematizar algunas reglas objetivas básicas que pueden ser empleadas por los jueces frente a cada caso concreto antes de introducirse en la consideración de los matices fácticos que pueden presentarse en ellos. Ello obedece a que, mediante la libertad de prensa, el hombre hace público uno de los atributos esenciales de su personalidad: el pensamiento.

En primer lugar, y para compatibilizar el ejercicio de la libertad de prensa con las restantes libertades constitucionales, el daño que ocasione su ejercicio debe ser manifiesto, arbitrario, grave y serio como requisito para que sea viable la aplicación de una sanción civil o penal. No es admisible la presunción del daño.

En segundo lugar, toda limitación a la libertad de prensa debe responder a la necesidad de sancionar la producción de un daño manifiesto, claro y presente cuya gestación se concretó efectivamente en el caso concreto. No es suficiente el daño potencial o la presunción de daño y, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la libertad de prensa por aplicación de una de las reglas elementales en materia de interpretación constitucional: in dubio pro libertate.

En tercer lugar, las limitaciones a la libertad de prensa no se deben proyectar sobre la forma vehemente, provocativa o desafiante en que se expresan las ideas, al tener en cuenta que la pasión, disgusto o enojo que motivan las emisiones son vehículos sumamente útiles para forjar el debate y la confrontación de ideas.

En cuarto lugar, en atención al carácter institucional y estratégico que presenta la libertad de prensa, corresponde distinguir entre las cuestiones de interés público

institucional y las cuestiones de simple interés privado. En las primeras, el ejercicio de la libertad de prensa solamente puede constituir un abuso si la información es inexacta, propagada con malicia y pleno conocimiento sobre su falsedad, o si medió una manifiesta torpeza o negligencia en el emisor que pudo ser evitada a través, no ya de un comportamiento diligente, sino del que usualmente adopta el ciudadano común (10) .

El desarrollo de este principio conduce a la formulación de la quinta regla: el contenido de la cuarta regla es aplicable cuando la información versa sobre funcionarios públicos, o sobre temas de interés institucional que involucran a particulares, o sobre particulares que se convierten en figuras públicas. Esto acontece si ellos alcanzan un grado de notoriedad general para la sociedad o si participan voluntariamente en una controversia pública. En este caso, el derecho al honor y a la intimidad queda subordinado al legítimo interés de la comunidad para conocer su contenido.

Como se advierte, esta regla, al igual que la anterior, no propicia una irresponsabilidad absoluta sino que condiciona la procedencia a una prueba rigurosa cuya fundamentación reside en el amplio derecho a la información que debe imperar cuando se trata de cuestiones de interés público institucional, de funcionarios públicos y de figuras públicas.

#### 226. El delito de opinión

En el continente europeo se desarrolló una tendencia proclive a sancionar cierto tipo de opiniones emitidas públicamente por su connotación religiosa, racial o por cuestionar la producción o la magnitud de ciertos hechos históricos que degradaron la condición humana y que son aceptados como una verdad absoluta.

En países como Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, República Checa, Rumania y Suiza existen leyes que castigan la negación o revisión de hechos aberrantes perpetrados en perjuicio de la dignidad humana.

Casi todos ellos aluden, expresa o implícitamente, a la negación del holocausto del pueblo judío por el régimen nacionalsocialista alemán entre 1935 y 1945, y otras las extienden el desconocimiento del genocidio armenio producido por el gobierno de Turquía en 1915 aunque, en rigor, la persecución del pueblo armenio se inició a comienzos del siglo XX.

Personalmente, estimo que existen elementos objetivos de prueba más que suficientes para afirmar la realidad del holocausto judío y del genocidio armenio. Sin embargo, no podemos desconocer que en el marco del revisionismo histórico se debate la veracidad o magnitud de tales hechos, sus causas y otros aspectos sobre la base de un relativismo, por cierto, cuestionable.

La pregunta que nos formulamos es si, al sancionar tales opiniones, no estamos cercenando el debate sobre temas de relevante importancia para la dignidad

humana y si, acaso, al castigar semejantes opiniones, no estamos fomentado su producción y transformando a sus autores en víctimas de la intolerancia.

Consideramos que, en resguardo de la tolerancia propia de un régimen democrático, las opiniones no pueden ser penalizadas cuando se traducen en la afirmación o negación de hechos, cualquiera sea su intensidad o aptitud para lesionar sentimientos colectivos, ya sean de carácter histórico, político, racial o religioso. Si las opiniones no llegan al extremo de fomentar la violencia, la apología del delito o la apología del delincuente, cualquiera sea su objeto y grado de contenido, la sanción de ellas importará introducir una cuña peligrosa para preservar la solidez de la convivencia democrática basada en la libertad de expresión y la prensa libre. Cuña fruto de la intolerancia que acarrea el riesgo de ser extendida a otras áreas del pensamiento. Es que hace a la esencia de un sistema político democrático tolerar las ideas y opiniones que colisionan con nuestros valores subjetivos más caros, y eventualmente, procurar erradicarlas mediante el debate y la persuasión del adversario sin acudir a la coerción legal o a la violencia.

#### 227. Publicación de información reservada

La prohibición de publicar información reservada cuando ella reviste interés institucional o relevante interés público constituye un acto de censura. Otro tanto las sanciones que se imponen por concretarse semejante publicación. Tal temperamento fue firmemente adoptado por la Suprema Corte de los Estados Unidos (11) y fue, en su momento, ampliamente ponderada. Sin embargo, con relativa frecuencia, el flujo y reflujo de las ideas políticas existentes en una sociedad suele destruir los logros alcanzados en función de la dignidad humana.

Si la cuestión se planteara ante los tribunales de los Estados Unidos, mediante la aplicación de la regla de la real malicia los periodistas estarían exentos de toda responsabilidad: la información era veraz, se refería a un funcionario gubernamental y tenía relevante interés institucional o público.

Pero, al margen de esa doctrina, la Suprema Corte de ese país, cuando resolvió el caso "New York Times v. United States" (12) , más conocido como "Papeles del Pentágono", se opuso al pedido del órgano ejecutivo para que se prohibiera la publicación de documentos oficiales referentes a la política militar desarrollada con motivo de la guerra de Vietnam. Consideró que tal petición configuraba un acto de censura que, como tal, revestía una grave presunción sobre su invalidez constitucional.

También avaló la amplia cobertura periodística de los procesos judiciales y desestimó las restricciones que se pretendían imponer para su difusión masiva. Tal temperamento fue adoptado sin perjuicio de garantizar el debido proceso legal, al disponer la anulación de aquellos juicios en que la imparcialidad de los jurados o de los jueces pudiera haber sido alterada por los excesos publicitarios (13) , aunque sin sancionar a los periodistas.

Asimismo, estableció que no se puede impedir la publicidad de los procesos judiciales aunque se debatan temas relacionados con la seguridad estatal, como el

espionaje (14) . No es viable sancionar a los medios de prensa por haber publicado el nombre de la víctima de un delito de violación, cuando el dato se obtuvo de los registros públicos de un proceso judicial (15) . Las restricciones a la prensa son inviables aunque se trate de causas penales que involucren a menores de edad procesados por la comisión del delito de homicidio (16) . La ley no puede prohibir a los testigos dar a conocer la declaración testimonial que prestaron ante los tribunales (17) , ni se puede impedir la difusión periodística de las constancias integrantes de un proceso judicial (18) .

Entre nosotros, la sala 2ª de la Cámara Criminal y Correccional Federal, por el voto de los jueces Horacio Cattani, Eduardo Luraschi y Martín Irurzun, consideró que no correspondía responsabilizar al periodista que había difundido una información fiscal reservada en un caso de interés institucional o de relevante interés público, aunque ella le hubiera sido suministrada por una persona que violó su deber de preservar el secreto.

Al revocar el procesamiento dispuesto en primera instancia, la Cámara expresó que si bien la información patrimonial de una persona está resguardada por el secreto fiscal impuesto por el art. 101 de la ley 11.683, la norma penal sancionatoria sólo era aplicable a los funcionarios fiscales y a los profesionales contratados por el particular, que violaban el secreto fiscal, pero no a los periodistas que, tras haber accedido a tal información, procedían a difundirla.

#### 228. Publicidad oficial

En una república los actos del gobierno, ya sean legislativos, ejecutivos o judiciales, deben ser públicos, tanto los que resultan del ejercicio de la función gubernamental asignada por la Constitución nacional al órgano respectivo, como las actuaciones internas de carácter administrativo. Para que tales actos sean efectivamente públicos, corresponde permitir el acceso al conocimiento de ellos a toda persona cuando afecta sus legítimos intereses individuales, colectivos o de los grupos sociales. La intensidad del deber se incrementa frente a los periodistas, debido a que su rol profesional reside en obtener información para hacerla pública mediante su difusión a través de los medios técnicos de comunicación social masiva. Solamente pueden quedar al margen de este universo los actos preparatorios, hechos o datos relativos a documentos gubernamentales en vía de elaboración o, transitoriamente, aquellos que efectivamente integran el ámbito de la seguridad del Estado, aunque no del gobierno.

En ciertos casos, la publicidad de tales actos está impuesta por la ley o la Constitución de manera expresa (art. 83 CN). Tal es lo que acontece, a título de ejemplo, con las normas que regulan la convivencia social, la convocatoria a ciertas licitaciones o concursos, o algunos actos judiciales y administrativos en salvaguarda de la seguridad jurídica.

Esa difusión obligatoria se concreta mediante la publicidad oficial que solventa el Estado y ejecuta el gobierno. Primariamente, a través de los órganos de prensa del Estado como son los boletines oficiales.

Salvo disposición legal en contrario, no existe la obligación de hacerla efectiva acudiendo a los medios de prensa privados. Sin embargo, en resguardo de la esencia republicana y del derecho a la información que integra la libertad de prensa, el gobierno contrata los servicios de medios de prensa de propiedad privada, ya sean gráficos, radiales o televisivos. También, aunque en menor escala, espacios privados o públicos para exhibir la información que se desea transmitir.

Cuando para hacer efectiva la publicidad oficial se acude a los medios de prensa de propiedad privada, la finalidad es la de otorgar la mayor difusión posible a los actos estatales; a satisfacer ampliamente el derecho a la información de los ciudadanos. Pero en modo alguno puede tener por objeto otorgar una subvención o subsidio económico a los medios de prensa, o responder a fines de propaganda política.

Cuando la distribución de la publicidad oficial responde a fines de política agonal, cuando pretende difundir la obra del gobierno y no del Estado, cuando aspira a ejercer una presión sobre los medios de prensa, nos enfrentamos a una malversación de los fondos públicos gestados con las contribuciones de todos los habitantes y a una indebida restricción para el desenvolvimiento de la prensa libre.

La cuestión fue considerada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Editorial Río Negro", al resolver un proceso de amparo tras más de cuatro años de tramitación (19) .

El diario "Río Negro", si bien se edita en General Roca y es el de mayor tiraje provincial (20) , también disfruta de una importante circulación en otras provincias como en el sudoeste de Buenos Aires, y especialmente, en toda la provincia del Neuquén, en la cual también es el diario que tiene mayor tirada.

El 7/12/2002 publicó una denuncia periodística referente a las graves irregularidades en que estarían incurriendo el gobernador y algunos legisladores para la cobertura de las vacantes existentes en el Superior Tribunal de Justicia local.

Si bien, hasta ese momento, se había operado una paulatina reducción de la publicidad oficial en el diario "Río Negro" y un incremento de la contratada con otro medio de prensa que se edita en Neuquén, aquella tendencia se intensificó en diciembre de 2002 y fue suprimido en enero de 2003. Sugestivamente, esa publicidad oficial fue restablecida el 15/2/2003, pocos días después de haber sido iniciada la acción de amparo.

Tal como se expresó en el voto de la mayoría, la cuestión a resolver consistía en determinar "si el Estado provincial puede quitar la publicidad oficial en forma abrupta ante una noticia periodística que le parece inconveniente, para volver a darla cuando cese esa situación, según su puro arbitrio, o si, por el contrario, tal discrecionalidad se encuentra limitada por razones constitucionales".

Para la mayoría, existió una presión indebida del gobierno que, lejos de preservar la integridad del debate público, afectó indirectamente la libertad de prensa y el

legítimo interés de los lectores del diario "Río Negro" por conocer el comportamiento de los funcionarios políticos provinciales en el ejercicio de sus funciones. Sin que, para que se produzca esa lesión, resulte necesaria "la asfixia económica o quiebra del diario".

Los jueces integrantes de la mayoría estimaron procedente la acción porque se había acreditado: 1) Una supresión o reducción sustancial de la publicidad oficial; 2) ausencia de motivos razonables en la decisión gubernamental; 3) ejercicio irrazonable de facultades discrecionales; 4) manipulación discriminatoria de la publicidad; 5) inexistencia del mantenimiento de pautas mínimas generales por el Estado; 6) empleo de la publicidad como medio indirecto para afectar la libertad de expresión; 7) violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

Compartimos la idea de que la publicidad oficial no es un deber del Estado —salvo en aquellos casos en que está impuesta legalmente— y que los medios de prensa no tienen derecho a demandar su contratación aunque, por razones resultantes de la ética republicana, el Estado debe fomentar su difusión.

Por otra parte, una de las reglas fundamentales para preservar la independencia de los medios de prensa reside en que su subsistencia no dependa de esa publicidad. La estructura de ingresos debe estar conformada por los precios de venta de los ejemplares gráficos, de los abonos televisivos y de la publicidad privada. Pero mal pueden negarse a aceptar la publicidad oficial cuando, sin revestir el carácter de propaganda gubernamental, está destinada a informar a la población.

La exigencia de una distribución equitativa y razonable de la publicidad oficial, impuesta por los principios republicanos, no responde al propósito de satisfacer una necesidad económica de los medios de prensa o su propia subsistencia. Tampoco es cierto que esa publicidad constituya una subvención o subsidio para los medios de prensa, porque es fruto de una relación contractual concertada con el Estado para informar a la ciudadanía. Para producir una amplia información que el Estado, por carecer de instrumentos apropiados, no puede realizar con la misma intensidad y amplitud que los medios de prensa privada.

Es cierto que para algunos medios gráficos Pymes, y especialmente para los titulares de ciertos programas radiales y televisivos, la publicidad oficial es un factor importante para su desenvolvimiento cuando la publicidad privada es escasa, pero jamás será un elemento decisivo o condicionante para la subsistencia de los medios gráficos, si se pretende preservar la independencia periodística. Considerar que solamente un interés económico impulsa a los medios de prensa para enfrentar la arbitrariedad en la distribución de la publicidad oficial —tal como lo hizo la Editorial Río Negro— constituye un grave error basado en una idea materialista, dominante en amplios sectores de la sociedad.

## 229. Censura

La reglamentación a que puede ser sometida la libertad de prensa, e impuesta con el propósito de salvaguardar otras libertades, encuentra su límite en la censura. El

art. 14 de la Constitución, además de reconocer la libertad de prensa, le asignó una característica muy especial, cual es la absoluta prohibición de la censura previa.

La primera parte de esa disposición constitucional condiciona el ejercicio de la libertad individual de prensa a las leyes reglamentarias, pero esa libertad no puede ser considerada desprovista de la referencia que alude a la prohibición de la censura previa. Ello significa que la reglamentación puede recaer sobre la prensa en su conjunto, pero no puede desconocer aquella prohibición, ni tampoco traducirse en medidas que importen implantar alguna de las múltiples modalidades bajo las cuales puede presentarse la censura.

Este concepto es sumamente amplio y genérico. Abarca toda forma de control o restricción, tanto anterior como posterior a la emisión del pensamiento, e incluye a las imposiciones ideológicas generadoras de sanciones motivadas por su incumplimiento.

El concepto clásico de censura previa, que apuntaba a describir la autorización otorgada por la autoridad administrativa antes de que se efectuara la publicación, ha sido superado mediante la incorporación de las técnicas más sofisticadas que tienden a conseguir igual objetivo.

Las clásicas formas de censura han sido ampliadas por el ingenio del hombre, de modo que, al no resultar correcta una interpretación literal del concepto de censura previa, quedan comprendidas todas aquellas modalidades que conduzcan a coartar la libre emisión de conceptos, juicios e ideas.

El carácter absoluto que presenta la prohibición de la censura descalifica constitucionalmente todo acto posterior a la emisión que prohíba o restrinja su difusión. El secuestro de una publicación, prohibir su circulación o venta, suspender la proyección de material cinematográfico o televisivo o su emisión radial, son actos de censura por más loables que sean los propósitos perseguidos con tales medidas en salvaguarda del orden público, la moral, el honor o el derecho a la intimidad. Pero el carácter absoluto de la prohibición de la censura no se extiende a las consecuencias que pueda deparar el ejercicio de la libertad de expresión cuando vulnera arbitrariamente otras libertades constitucionales.

Esta garantía constitucional se impone a toda cláusula contenida en los tratados internacionales que permita la censura previa. Tal es, por otra parte, lo que establece el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir la censura previa, pero dejando a salvo las responsabilidades ulteriores fijadas por ley y necesarias para asegurar el respeto a los derechos, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Asimismo, la facultad legal que prevé esta Convención para implementar la censura previa respecto de los espectáculos públicos con el fin de proteger la moral de los menores de edad sólo es admisible para regular el acceso de estos últimos a tales espectáculos cuando no están autorizados por quienes ejercen su patria potestad.

Interpretando ese art. 13, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 5/85 del 13/11/1985, destacó categóricamente: "El artículo

13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención".

Señaló la Corte que, como consecuencia del principio republicano de la debida publicación de todos los actos del gobierno —provengan de los órganos legislativo, ejecutivo o judicial—, es inadmisibles la petición para que se suprima el nombre de las partes en la publicación de una sentencia judicial condenatoria por el delito de abuso deshonesto. Añadió que la prohibición de publicar el nombre de una persona sólo es viable si se trata de menores de edad, de enfermos de sida o si lo dispone un juez civil por razones de decoro o por la naturaleza del juicio, si se afecta la intimidad de las partes o de terceros, tal como lo establece el art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación(21) .

Al avalar la censura, tal doctrina se enrola en la línea establecida en el caso "Manuel Bustos Núñez", del 28/3/1958(22) , ocasión en que la Corte confirmó la validez del decreto ley 4161/56 que prohibía la publicación de ideas en apoyo del movimiento justicialista contra el cual, precisamente, había combatido el diario La Prensa hasta el punto de haber sido dispuesta su arbitraria clausura y posterior confiscación.

Pero en otras oportunidades, y poniendo en relieve su doctrina pendular, la Corte se pronunció categóricamente en contra de la validez de todo tipo de censura. En el caso "Ministerio Fiscal c. Diario La Provincia", destacó que "las palabras 'censura previa' aluden tanto a la revisión y examen del escrito a efecto de controlar las ideas antes de autorizar su impresión, cuanto a otras restricciones de índole semejante, como fianzas, permisos, etc., de que los gobiernos han sabido hacer uso. Que entre las restricciones posibles a la libertad de prensa, compréndanse no sólo la señalada en el considerando anterior, sino también aquellas encaminadas a castigar o reprimir la publicación una vez aparecida. La libertad de prensa estaría gravemente comprometida y anulada en sus efectos si después de reconocer y admitir en todo hombre el derecho de publicar libremente lo que crea conveniente, la autoridad pública pudiera reprimirlo y castigarlo por publicaciones de carácter inofensivo" (23) .

Así, la Corte descalificó la censura judicial impuesta a la publicación de una solicitada porque el juez de primera instancia consideró que ella configuraba una tentativa de apología del delito (24) , así como la prohibición de emitir un programa de televisión porque la accionante entendía que se lesionaban sus derechos personalísimos (25) .

La prohibición de difundir o publicar también fue aplicada al Poder Ejecutivo nacional en el caso "Gambier Beltrán c. Estado Nacional s/amparo" (26) . La sala 2ª

de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la medida cautelar dictada en la instancia inferior por la cual se ordenó al Poder Ejecutivo que debía cesar de proseguir difundiendo, en cinco canales de televisión, una campaña publicitaria destinada a promover los logros de Carlos Saúl Menem durante su gestión presidencial.

La particularidad del caso residía en que el costo de la campaña publicitaria se compensaba parcialmente con el importe de las multas aplicadas a los canales de televisión por incumplimiento de las normas de la Ley de Radiodifusión, compensación que estaba autorizada si se trataba de campañas publicitarias de interés general. El tribunal, al considerar que la publicidad tenía carácter personal y que no respondía a un interés general, entendió que por aplicación del principio de legalidad a que deben ajustarse los actos de la administración correspondía suspender la campaña programada.

Estos criterios restrictivos que avalan una censura previa preventiva fueron desestimados en el caso "Salvo Aragón c. Artear" y, previamente, en "Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil s/amparo" (27) .

Sin perjuicio de la tutela constitucional que se le dispensa al derecho a la intimidad, ella no puede llegar al extremo de impedir el ejercicio de la libertad de expresión sin vulnerar, a su vez, la garantía constitucional de la interdicción de la censura previa. Cualquier otra solución intermedia, que bajo ciertas condiciones permita disponer la prohibición de publicar, conlleva el riesgo de otorgar a los magistrados judiciales la potestad de decidir cuándo se puede efectuar una publicación.

La patología de la censura judicial, inclusive de carácter preventivo, quedó claramente reflejada en el caso "Servini de Cubría". El 9/5/1992, la sala 2ª de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, resolvió ordenar al Canal 13 de Televisión y a Mauricio Borenstein que se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos relacionados con la jueza federal María Servini de Cubría, en el marco de un programa humorístico, bajo apercibimiento de considerarlos incursos en desobediencia.

Tal decisión había sido solicitada por la jueza Servini de Cubría, como medida cautelar, al tomar conocimiento por un llamado telefónico, de que en el programa televisivo "Tato Bores" se iban a emitir conceptos injuriosos y escenas de tono difamante referidas a su persona.

La resolución fue revocada por la Corte Suprema de Justicia el 8/9/1992(28) , oportunidad en la que se sostuvo que "la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y de la televisión, en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas. Sin embargo, en razón de que cada medio presenta diferentes modalidades, se ha sostenido que la radiofonía y la televisión son los que gozan de protección más atenuada, fundamentalmente por su intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad desplaza los derechos de quien allí se entromete y además porque sus

transmisiones son singularmente accesibles a la infancia, lo que explica, en determinadas hipótesis, un tratamiento diferente".

Tras destacar que la garantía constitucional que prohíbe la censura previa también abarca los programas de corte humorístico, señaló "Que constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas (...). Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita, o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas". Sin embargo, la fórmula empleada por la Corte resulta sumamente ambigua y hasta riesgosa, al establecer en abstracto una distinción entre información e ideas, por un lado, y aquellas manifestaciones del pensamiento que no merezcan esa calificación.

Con respecto a esta forma de censura, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al resolver en 1952 el caso "Burstyn v. Wilson" (29) , dispuso que el estado de Nueva York no podía impedir la exhibición de una película calificada de sacrílega y expresó que la importancia adquirida por el cinematógrafo como medio para formar la opinión pública determinaba su inclusión dentro de la garantía de la libertad de palabra y de prensa previstas en las Enmiendas I y XIV.

Tampoco es viable aceptar la censura judicial porque a través de una muestra pictórica se estarían violando los sentimientos religiosos de un amplio sector de la población. En este caso, a lo sumo cabe ordenar que se advierta a los potenciales visitantes del contenido de la muestra (30) .

### 230. La censura periodística y los comicios

El 7/6/2005 la Corte Suprema de Justicia desestimó el planteo de inconstitucionalidad formulado por la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas respecto del art. 5º de la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al declarar la validez de esa norma el Alto Tribunal, implícitamente, hizo lo propio con el art. 71, incs. f) y h), de la ley nacional 25.610 (31) .

La disposición local establece que "desde las 48 horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta 3 horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, a los resultados de encuestas electorales".

Por su parte, el art. 71, incs. f) y h), del Código Electoral Nacional prescribe que está prohibido: "Realizar actos públicos de proselitismo y publicar y difundir encuestas y sondeos preelectorales desde las 48 horas antes de la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo"; "Publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta 3 horas después de su cierre".

La sanción de estas normas respondió a un firme anhelo de la dirigencia política, expuesto ya hace más de una década, basado en la presunta interferencia que generan aquellas publicaciones sobre la libertad de los electores y que, como aquellas estarían deliberadamente destinadas a beneficiar a alguna agrupación partidaria en perjuicio de otras, se vulneraría la igualdad que debe existir entre ellas en el curso de los comicios.

La Corte Suprema, en el caso "ATA y ARPA", admitió la censura impuesta a los medios de prensa por la legislación local y nacional. Restringió, por un lapso de 61 horas, el derecho de informar de los periodistas y el derecho a la información de los ciudadanos sobre un tema de relevante interés institucional. Para determinar la eventual solidez constitucional del pronunciamiento, corresponde efectuar un análisis con aplicación simultánea de los enfoques jurídico y empírico.

Las normas cuestionadas presentan dos aspectos. El primero consiste en prohibir a los medios de prensa publicar y difundir encuestas y sondeos de opinión preelectorales desde las 48 horas anteriores a la iniciación de los comicios y hasta su cierre. El segundo reside en mantener esa prohibición para las encuestas y proyecciones electorales desde el comienzo de los comicios y hasta 3 horas después de su conclusión.

Ellas, mediante la censura, prohíben el ejercicio de la libertad de prensa sobre materias determinadas y durante un lapso fijo, porque esa libertad entraría en conflicto con otros valores sin que resulte viable la armonización. Tal circunstancia determina que se otorgue preferencia a esos valores. Pero, ¿cuáles son esos valores?

En cuanto a la prohibición de publicar encuestas y sondeos preelectorales, el bien jurídico preferente sería un "espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto" (Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay). La preservación de la "reflexión" y "sosiego" del elector (votos de Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Petracchi y Belluscio) permitiría la libre expresión del voto por los ciudadanos y evitaría la desarticulación de la "pureza del sufragio".

¿Podemos sostener seriamente que la publicación de las encuestas preelectorales afecta la "reflexión" y "sosiego" del elector? Si advertimos las actividades que despliega la inmensa mayoría de los electores el día de los comicios, y durante el lapso anterior, comprobaremos el carácter dogmático de aquella afirmación.

Los jueces sostuvieron un argumento adicional: la vigencia de la prohibición es tan breve que no llega a configurar una grave lesión para la libertad de prensa. Este razonamiento conduce a sostener que la censura, si es breve, resulta lícita y que solamente sería inviable una censura "prolongada en el tiempo". Esta conclusión se enrola en la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Diario La Nueva Provincia" (32) , cuando confirmó la validez de la norma que prohíbe la publicación de diarios el día 7 de noviembre ("Día del canillita") porque "la mera comprobación de que en un determinado día del año no puedan lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión no es un elemento suficiente que permita determinar por sí solo si en el caso ha existido una restricción ilegítima a la

libertad de prensa". En esa oportunidad, la accionante solamente cuestionaba la prohibición de publicar, sin pretender que la distribución y venta de los ejemplares del diario fuera realizada por los distribuidores y "canillitas".

Entendemos, conforme al art. 14 de la Constitución federal y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que resulta inadmisibles otorgar validez a la "censura breve". Es una cuña que quiebra la solidez de una garantía constitucional.

En ese sentido, algunas de las elucubraciones expuestas por los ministros de la Corte para avalar la censura de los medios de prensa nos producen cierto desconcierto.

Así, para el juez Zaffaroni, mediante la restricción "no sólo se intenta preservar el bien jurídico de la tranquilidad pública, sino también (...) se intenta evitar que los datos de las empresas encuestadoras compitan con el escrutinio oficial", y que el reclamo de los accionantes "pareciera coincide más con las necesidades mediáticas vinculadas con la competencia entre distintos medios de comunicación y la lógica mercantil que con la necesidad por parte de la sociedad del conocimiento inmediato de los resultados electorales la cual no se ve afectada". En rigor, los encuestadores no pretenden competir con el "escrutinio oficial" sino aproximarse lo más posible. Tampoco los medios de prensa compiten entre sí por los datos de las encuestas. Las empresas encuestadoras, que prestan servicios en las más diversas áreas, tienen por objeto, ajustándose a rigurosos criterios técnicos y metodológicos, determinar las alternativas posibles y las hipótesis más factibles, admitiendo un relativo margen de error. Margen que, por ser conocido por los ciudadanos, les impide competir seriamente con el "escrutinio oficial". El ciudadano sabe que debe aguardar la producción de este último para tener certeza pero, mientras tanto, su razonable ansiedad lo impulsa a querer conocer el probable resultado. Ese deseo, ¿puede ser calificado de indebido o ilícito?

En cuanto a la competencia entre los medios radiales y televisivos durante los comicios, no está determinada por las encuestas sino por el contenido del programa que difunden. La emisión de tales programas no responde a una necesidad forjada artificialmente, sino a una real demanda o requerimiento de la población. Si la noticia del día son los comicios, es razonable que concreten su información sobre los datos referentes a él que no se limitan a las encuestas. Entrevistas, imágenes, opiniones, críticas y comentarios sobre los hechos que se producen en el curso de los comicios integran esos programas junto con los datos sobre los presuntos resultados electorales que suministran los partidos políticos que participan en el proceso electoral, y también las encuestas. ¿Qué tiene de negativo esa competencia con la cual se procura satisfacer nuestro derecho a la información? ¿Existiría esa competencia si los ciudadanos permanecieran indiferentes? ¿A qué finalidad responde ese argumento del juez Zaffaroni? ¿Acaso pretende descalificar a la competencia y la "lógica mercantil" por ser factores perversos que perturban el proceso electoral? De ser así, ¿cómo explica que millones de personas, aunque no en forma continua, presencien tales programas? Porque, claro está, de no existir esa intensa demanda informativa no existirían

tales programas a menos que, con una visión distante de la realidad, se pretenda sostener que son los programas radiales y televisivos los que despiertan el interés de la ciudadanía por conocer el resultado de los comicios.

Nuestra perplejidad, se extiende a la razón por la cual los jueces de la Corte, para fundamentar su fallo, citaron el precedente "Burson v. Freeman" de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (504 US 191). Precedente que no se refiere a la limitación de la libertad de prensa, sino a la libertad de expresión y en virtud del cual, de haber seguido su línea jurisprudencial, nuestra Corte debería haber declarado la invalidez de las normas cuestionadas.

En "Burson v. Freeman" el tema de debate no fueron las encuestas ni la libertad de prensa, sino el alcance de la doctrina del "public forum" respecto de la libertad de expresión durante los comicios. Esta doctrina alude al derecho a ejercer la libertad de expresión en lugares públicos y a la potestad del gobierno para disponer su reglamentación por razones de tiempo, lugar o contenido.

Una ley del Estado de Tennessee prohibía distribuir propaganda electoral y requerir a los electores que se pronunciaran por determinado candidato a una distancia menor de 100 pies del lugar de votación. Se trataba de una limitación a la libertad de expresión —no de prensa— impuesta en un espacio público por razones de lugar y contenido, con el propósito de evitar la intimidación a los votantes y el fraude electoral. Así, para la mayoría la norma era válida porque se había acreditado debidamente que, dentro del espacio de los 100 pies, tales conductas eran idóneas para producir los efectos previstos en la ley. Para la minoría, en cambio, la garantía del voto secreto era suficiente para disipar toda intimidación a los electores y que, además, aquella decisión no resultaba coherente con lo resuelto por la Corte en el caso "Mills v. Alabama" (384 US 214). De este modo, se declaró la invalidez de una ley que prohibía publicar notas de carácter político electoral el día de los comicios.

Las diferencias con nuestro caso son notorias: 1) Se convalidó la prohibición de realizar propaganda electoral en un lugar público a menos de 100 pies del lugar de los comicios; entre nosotros esa prohibición rige en cualquier espacio público y desde las 48 horas anteriores a los comicios; 2) Se limitó la libertad de expresión con referencia exclusiva a la propaganda electoral; entre nosotros se prohíbe la difusión de encuestas por medios de prensa.

Una cosa es vedar la propaganda electoral en una zona cercana al lugar donde se concretan los comicios y otra, muy diferente, es prohibir que a través de la radio y la televisión se difundan encuestas electorales desde 48 horas antes de la elección y hasta 3 horas de haber concluido. En el primer caso, hay una limitación territorial para ejercer la libertad de expresión, aunque no de prensa; en el segundo, hay una prohibición absoluta de ejercer la libertad de prensa en todo el territorio del país y durante 61 horas.

Consideramos que la sentencia del Alto Tribunal, al avalar la prohibición de difundir ciertos hechos de relevante interés institucional por medio de la prensa, constituye un acto de censura que no se compadece con una interpretación

teleológica del art. 14 de la Constitución, del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la doctrina expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien satisface los intereses de la dirigencia política que siempre anheló la regulación legislativa de aquella prohibición, no hace lo propio con el legítimo interés de los ciudadanos por conocer las encuestas electorales hasta el día de los comicios, ni de ser informado sobre el presunto curso de los comicios a través de las "bocas de urna". Creemos que el silencio y la ignorancia forjados por una medida basada en el miedo a la libertad en nada contribuyen a la participación consciente, voluntaria y responsable de los ciudadanos en un acto electoral.

Estas críticas las extendemos a las disposiciones legales que establecen imposiciones o prohibiciones en materia de difusión pública como las contenidas, a título de ejemplo, en la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, el art. 64 ter del Código Electoral Nacional (ley 19.945) y el art. 43 y ss. de la ley 26.215 (Financiamiento de los Partidos Políticos).

#### 231. Derecho de rectificación o respuesta: antecedentes

La tendencia manifestada desde mediados del siglo XX en el sentido de propiciar la incorporación al ordenamiento jurídico argentino del llamado derecho de réplica, de respuesta, de rectificación o replicato compulsivo reconoce lejanos antecedentes.

En el orden internacional, los primeros proyectos reglamentarios de este instituto fueron elaborados en Francia durante la última década del siglo XVIII. A raíz de las severas y generalizadas críticas publicadas por la prensa opositora respecto de la acción gubernamental, que muchas veces se extendían a las personas de los gobernantes, se procuró atemperar sus efectos sin caer en una abierta y directa restricción a la libertad de prensa.

El origen político de esta institución es notorio. Su reconocimiento legislativo no respondió al propósito de proteger el buen nombre y honor de las personas sino, en realidad, de ofrecer a las figuras públicas un medio para contrarrestar las críticas periodísticas o los efectos de la publicidad de informaciones desfavorables para su imagen popular. Esta finalidad perdura en los proyectos y textos legales más recientes, y así es un instrumento destinado básicamente a preservar la buena imagen que las figuras públicas y la dirigencia política desean exteriorizar ante la ciudadanía.

El art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

"1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

"2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

"3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

#### 232. Concepto

Mediante la consideración, como marco de análisis, de los diversos proyectos presentados para implementar este instituto, se puede tipificar el derecho de réplica de la manera siguiente:

1. Por un medio de comunicación, dirigido al público en general, deberá expresarse una información, referencia o mención que afecte a una persona.
2. Esa publicación debe ser inexacta o agravante en un grado suficiente para ocasionar un perjuicio a la reputación de una persona.
3. La persona afectada podrá solicitar que se difunda su respuesta en forma gratuita —condición no establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos— por el mismo medio de comunicación el cual, eventualmente, podrá reclamar el reintegro de los gastos incurridos de quien fue el causante de la información difundida.
4. La negativa a la difusión otorga al particular una acción judicial de trámite sumarísimo para materializar su derecho.

Sobre la base de tales características, el replicato compulsivo consiste en la facultad reconocida a toda persona que se considere agraviada o afectada por una información inexacta o agravante emitida a través de un medio técnico de comunicación social para difundir, por igual medio, las aclaraciones, réplicas o respuestas que estime satisfactorias, para precisar las modalidades correspondientes a los hechos susceptibles de lesionar su reputación personal o legítimos sentimientos. Tal potestad trae aparejada la obligación, para el propietario, director o editor del medio de difusión, de publicar, en forma gratuita, aquellas manifestaciones aunque la causa de la réplica resida en expresiones provenientes de personas ajenas al medio que las difundió.

#### 233. Regulación legislativa

El derecho de rectificación o respuesta no está regulado legislativamente en el orden nacional. Sí está previsto en varias constituciones provinciales.

Consideramos que, las normas constitucionales o legales dictadas por las provincias regulando el derecho de rectificación o respuesta, no se compadecen con los preceptos jerárquicamente superiores de la Constitución Nacional, porque se trata de una materia delegada por las provincias a la Nación (art. 75. inc. 12, CN). En efecto, se trata de una materia propia de la legislación civil de fondo, sobre la cual las provincias solamente pueden regular los aspectos procesales.

En el derecho interno, el replicato compulsivo solamente está contemplado por el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya operatividad fue acentuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante la



opinión consultiva 7 del 29/8/1986, al considerar que su ejercicio encuadra en la hipótesis de las responsabilidades ulteriores contempladas en el art. 13 de la Convención.

Cabe destacar que esa Convención reviste jerarquía constitucional siempre que no sea en desmedro de los derechos constitucionales o desconozca las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la Ley Fundamental. En ese caso, la norma internacional estaría desprovista de validez constitucional según lo establece el art. 27 de la Constitución.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos determina cuáles son los contenidos y características del derecho de rectificación o respuesta, que no podrán ser desconocidos por las leyes reglamentarias que sancionen sobre el particular los Estados signatarios. Ellos son los siguientes:

1. El titular del derecho es toda persona directamente afectada por informaciones inexactas o agraviantes, siempre que ellas hubieran sido emitidas en su perjuicio.
2. La expresión de las informaciones debe ocasionar un perjuicio al titular del derecho, ya sea de índole material o moral, con envergadura suficiente para tener capacidad potencialmente agravante de carácter objetivo. La determinación de este requisito debe ser efectuada sobre la base de la idea social dominante.
3. Las expresiones inexactas o agraviantes deben configurar, esencialmente, una información y no una opinión. Deben consistir en un juicio de conocimiento y no en un juicio de valor. La emisión de opiniones, aunque ellas causen un agravio para cierta persona o se basen sobre datos inexactos o falsos, no trae aparejado el derecho de rectificación o respuesta.
4. La información debe ser inexacta o, de ser cierta, agravante para el sujeto activo. Si es inexacta, no resulta necesario que sea agravante, pero si es cierta, debe ser agravante.
5. La información debe ser dirigida al público en general a través de un medio de difusión. La información emitida en forma reservada, o en forma pública aunque con prescindencia de un medio técnico de comunicación social, no genera el derecho de rectificación o respuesta. Solamente podrá desembocar en él si, con posterioridad a su emisión, es difundida por un medio técnico de comunicación social.
6. El ejercicio del derecho de rectificación o respuesta sólo es admisible con motivo de la emisión de informaciones inexactas o agraviantes a través de un medio de difusión legalmente reglamentado. Esto significa que si la emisión se produce a través de medios desprovistos de una reglamentación legal específica, no cabe imponer coactivamente la rectificación o respuesta. Con un criterio hermenéutico amplio, no cabe duda de que, en mayor o menor grado, todos los medios de difusión están reglamentados legalmente. De modo que, si se impusiera este temperamento, carecería de todo sentido la mención de los medios de difusión legalmente reglamentados. Esto nos induce a entender que la referencia a los

medios reglamentados importa la exclusión de algunos de los canales de prensa a los fines de la rectificación o respuesta. Los medios reglamentados son aquellos que son propiedad del Estado o cuya explotación es consecuencia de una concesión estatal y que están sujetos a una reglamentación específica debido a su naturaleza jurídica estatal. No son medios reglamentados, y por ende son ajenos al instituto establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los medios de difusión de propiedad privada y cuyo desenvolvimiento no requiere de espacios sujetos al dominio público estatal.

7. El objeto del derecho es el de materializar, de manera inmediata, la difusión de la réplica o rectificación por el mismo medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante. Habrá réplica si la información es cierta pero agravante, en cambio habrá rectificación cuando la información es inexacta.

8. El derecho se debe ejercer por el mismo medio de comunicación que difundió la información inexacta o agravante. Esto significa que la desaparición material del medio de prensa impide el ejercicio del derecho por cuanto no puede ser sujeto pasivo de una relación jurídica un medio técnico de comunicación que no difundió ese tipo de información. Además, será necesario que el medio de difusión tenga un funcionamiento regular, porque si se trata de un medio irregular, como un libro, una placa discográfica, una cinta, sería irrazonable disponer la publicidad de un nuevo libro, placa o cinta para difundir la réplica o rectificación.

9. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece que el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta es gratuito. La inexistencia de esa imposición, el debido respeto por el derecho de propiedad privada y la circunstancia de que la viabilidad del derecho no está condicionada a la prueba fehaciente de un perjuicio tornan prudente no imponer legislativamente la rectificación o respuesta con carácter gratuito.

10. Mediante una ley reglamentaria se deberán instrumentar los detalles del contenido y ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. La inexistencia de esa ley en el orden nacional no impidió la aplicación de este mecanismo por vía jurisprudencial (33).

#### 234. Valoración constitucional

El derecho de respuesta se presenta como un instituto aparentemente eficaz y razonable para defender los derechos de las personas, el derecho a la información de los grupos sociales y la verdad objetiva frente a los llamados abusos de prensa.

Esta conclusión podría ser aceptada si la unidad de análisis del instituto se limitara a las libertades personales establecidas por la Constitución Nacional. Sin embargo, si ampliamos aquella unidad al marco íntegro de la Constitución, y recordamos que la libertad de prensa es también una libertad institucional y estratégica, la conclusión será totalmente distinta.

Desde un punto de vista práctico, son cuantiosos y sumamente graves los perjuicios que acarrea el replicato compulsivo para la libertad de prensa. La simple

lectura de cualquier periódico revela que su contenido es susceptible de generar decenas de pedidos de réplica por la disparidad de las opiniones y las numerosas modalidades que permite la publicación de un hecho.

Asimismo, el efecto multiplicador de la institucionalización de semejante derecho será fuente de innumerables peticiones que repercutirán sobre los costos de las publicaciones, la cantidad y calidad de las opiniones o noticias a difundir y, sustancialmente, sobre el derecho a la información de la sociedad. Todo ello, a su vez, podrá desembocar en la implantación de una férrea autocensura.

Es cierto que, por una razón ética, los medios de difusión acostumbran a dar a conocer los puntos de vista controvertidos y a rectificar los errores de información. Pero tal situación, cuya práctica razonablemente mantendrán los medios de comunicación, será alterada con innumerables peticiones que versarán, no solamente sobre temas políticos y de interés público, sino también sobre las críticas personalizadas que se expresen en temas culturales, científicos, deportivos, económicos y de cualquier otra índole. No hay razón válida para limitar el replicato compulsivo a las cuestiones de interés público e impedir su proyección sobre otras materias susceptibles de publicación, inclusive cartas de lectores, solicitadas y avisos publicitarios.

Por otra parte, como el texto a difundir es redactado por la persona que ejerce la réplica, su contenido puede resultar lesivo para otra u otras personas, que también dispondrán de igual recurso para preservar sus derechos afectados. Las réplicas y contrarréplicas se podrán suceder en forma interminable a costa de un medio cuyos recursos son limitados, lo que generaría una situación caótica en la que, en definitiva, el remedio puede ser peor que la enfermedad.

A estos inconvenientes de orden práctico se agregan serios reparos de carácter jurídico constitucional que podemos sintetizar en los siguientes:

1. La libertad de prensa es también una libertad institucional y estratégica, cuyo ejercicio, libre de toda traba, compete a los individuos sin que el Estado o los particulares puedan restringir su desenvolvimiento.
2. La libertad de prensa otorga, a quien conduce el medio de comunicación social, una facultad ilimitada para determinar el contenido del acto de difusión, sin estar sujeto a interferencias provenientes del Estado o los particulares.
3. El replicato compulsivo, al imponer una publicación contra la voluntad del propietario, director o editor del medio de comunicación, configura una especie de censura vedada por la Constitución. La libertad de difundir comprende también la libertad de no difundir.
4. Como la libertad de prensa reviste jerarquía institucional y estratégica, su vigencia nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno mencionados en el art. 33 de la Constitución. Consecuentemente, tales principios no se pueden invocar para fundar legalmente el derecho de réplica.

5. Ninguna autoridad gubernamental puede imponer el contenido de una publicación. Con el derecho de réplica, y en última instancia, se estará acordando esa atribución al Poder Judicial que asumirá el rol legal de auténtico censor.

6. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no es suficiente para avalar la legalidad del derecho de réplica, por oponerse, en este caso, al art. 27 de la Constitución, que condiciona la validez de los tratados a su conformidad con los principios del derecho público por ella establecidos, entre los cuales figura la libertad institucional y estratégica de prensa. Igual resultado se obtiene a través de la interpretación del art. 31 de la Constitución que consagra el principio y la técnica de la supremacía constitucional sobre leyes y tratados, y extiende su ámbito a las normas provinciales. Todo ello, sin perjuicio de la clara referencia a los medios de difusión "legalmente reglamentados", a los cuales la citada Convención limita la aplicación del replicato compulsivo.

7. El derecho de réplica constituye una sanción encubierta para los presuntos abusos de prensa, cuya punición está expresamente vedada por el art. 32 de la Constitución. Precisamente, esa norma impide que se dicten leyes específicas destinadas a restringir la libertad de imprenta, y el derecho de réplica es un instituto específicamente destinado a restringir la libertad de expresión, porque sólo se aplica con motivo del ejercicio de esa libertad.

8. El derecho de réplica no solamente lesiona la capacidad de decisión de los conductores del medio de difusión, sino también su derecho de propiedad al poner a cargo de ellos el costo de una publicación realizada contra su voluntad.

9. Se establece un supuesto de responsabilidad objetiva con prescindencia del dolo o culpa del emisor de la información cuestionada. Aunque se pruebe que la noticia es veraz, aunque se acredite que la noticia fue emitida obrando con suma diligencia, sin ánimo de lesionar, sin dolo o culpa, de todas maneras se impone la obligación de difundir la respuesta.

10. Constituye una forma de autocensura, ya que se coloca al director del medio de difusión frente a la alternativa de no formular críticas o comentarios desfavorables para una persona, o de practicarlos siempre de manera benévola. Esta autorrestricción repercutirá negativamente en la sociedad al privarla de un caudal significativo e importante de información.

### 235. Jurisprudencia

La inexistencia de esa ley específica fue el factor jurídico tenido en cuenta para resolver los primeros casos judiciales en donde se demandó por el reconocimiento del derecho de rectificación o respuesta.

La Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina establecida en el caso "Costa c. Municipalidad de la Capital", reiteró que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referentes al derecho de réplica, no eran operativas. Ante la ausencia de una reglamentación legal, aquél no está incorporado al derecho positivo interno (34).

Tal fue la doctrina que sostuvo la Corte Suprema hasta el 7/7/1992 cuando, al resolver el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (35) , varió sustancialmente su criterio y afirmó la operatividad del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y asimismo admitió, respecto del derecho de respuesta, la teoría de los intereses difusos aunque de manera parcial y limitada a una valoración muy particular sobre los alcances de la representación social.

En un programa de televisión dirigido por Gerardo Sofovich, el escritor Dalmiro Sáenz formuló opiniones y frases sobre Jesucristo y la Virgen María que el demandante consideró agraviantes y lesivas para su sentimiento de católico y cristiano. Remitió, entonces, una carta-documento a Sofovich contestando las expresiones de Sáenz y solicitando que ella fuera leída en el mismo programa de televisión. Como la carta no fue leída, promovió una acción de amparo en el ejercicio del derecho de réplica que, a su criterio, estaba consagrado por el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 33 de la Constitución.

Planteado el caso ante la Corte Suprema, en el voto de la mayoría que suscribieron los jueces Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano, fueron desarrollados los siguientes argumentos para fundamentar la concesión del derecho de réplica:

1) El derecho de rectificación o respuesta fue establecido por el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5/9/1984, es ley suprema de la Nación e integra su ordenamiento jurídico interno. Su incorporación al derecho interno también fue afirmada en el voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor, y en el del Dr. Levene.

2) La interpretación textual del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica permite sostener que se trata de una norma operativa. Esta conclusión está avalada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la opinión consultiva 7/86, declaró que el derecho de rectificación o respuesta es exigible aunque no se sancione una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser ejercido.

3) El art. 27 de la Convención de Viena, aprobada por ley 19.865, establece la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

4) La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso importa desconocer la distribución de competencias establecidas por la Constitución y constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo, que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación.

5) En virtud de lo establecido por el Pacto de San José de Costa Rica, y al tener en cuenta la primacía que tienen los tratados internacionales sobre las restantes normas del derecho interno, conforme al art. 27 de la Convención de Viena, el Estado está obligado a instrumentar los mecanismos necesarios para tornar aplicable en el orden interno al derecho de rectificación o respuesta. Entre tales mecanismos están comprendidas las sentencias judiciales, de modo que si el

legislador se abstiene de sancionar una ley regulatoria que prevea los aspectos circunstanciales o formales bajo los cuales debe ser ejercido ese derecho, es obligación de los jueces suplir aquella omisión para que las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas.

6) El derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad permitir la aclaración, gratuita e inmediata, frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron y que, en el caso concreto, no se trataba de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan su personalidad.

7) El derecho de respuesta o rectificación protege bienes de naturaleza civil y no política ni electoral. Tampoco puede ser reconocido a partidos o ideologías políticas.

8) La intensidad del sentimiento religioso ofendido genera un agravio al derecho subjetivo de participar de ciertos valores trascendentales frente a quienes los difaman conmoviendo convicciones arraigadas en el sistema de creencias del peticionario. Ello conduce a circunscribir el reconocimiento de la acción a quien solicita la réplica en su condición de representante colectivo de todos aquellos que pudieron sentirse ofendidos por el mismo agravio. Esa preferencia temporal evita que la réplica se convierta en un multiplicador de respuestas interminables provenientes de las restantes personas que se consideren agraviadas. En cambio, la legitimación del actor no fue aceptada por los ministros Petracchi y Moliné O'Connor al considerar que el derecho de rectificación o respuesta solamente puede ser ejercido por la persona directamente aludida e individualizada en la noticia. La legitimación del actor también fue desconocida en su voto por el juez Levene, por entender que el derecho de respuesta o rectificación corresponde frente a informaciones inexactas o agraviantes, y no ante expresiones u opiniones que carecen de las cualidades de una información.

9) En el voto de la mayoría no existe análisis comparativo alguno entre el derecho de rectificación o respuesta y los alcances atribuidos por la Constitución Nacional —fundamentalmente en sus arts. 14 y 32— a la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social, así como tampoco a la relación entre el ejercicio gratuito de ese derecho y el derecho a la propiedad privada.

Lamentablemente, en la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" no se practicó un análisis exhaustivo de las disposiciones constitucionales que regulan la libertad de prensa.

Una consideración especial merece la referencia, contenida en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, sobre los medios de difusión "legalmente reglamentados", que son los únicos para los cuales prevé el funcionamiento del replicato compulsivo. Con acierto, destaca Carlos Colautti que la inserción de esa limitación respondió al propósito de limitar la aplicación de aquel instituto a ciertos medios electrónicos con exclusión de las "publicaciones" o "impresos". Su redacción receptó la distinción que, poco antes, había efectuado la Suprema Corte

de los Estados Unidos en el caso "Red Lion" (36) entre los medios gráficos y electrónicos, y que posteriormente fue confirmada en el caso "Miami Herald v. Tornillo" (37).

Como los medios de prensa no son susceptibles de reglamentación legal específica (art. 32 C.N.), la cláusula del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos parece referirse únicamente a los medios de prensa que son propiedad del Estado y respecto de los cuales, claro está, cualquier ciudadano puede solicitar la inserción de sus rectificaciones.

#### 236. Secreto profesional y acceso a las fuentes de información

En el sistema constitucional argentino, considerando su naturaleza esencialmente republicana, resulta innegable el derecho del pueblo para obtener toda la información referente al manejo de los negocios públicos, y toda aquella que versa sobre temas o personalidades que revisten relevancia institucional o interés público. Brindar una amplia información a los ciudadanos, sin restricciones de ninguna especie, es la única forma de preservar la subsistencia de un régimen democrático con la participación activa de aquéllos.

Los constituyentes se abstuvieron expresamente de establecer un sistema oficial de información que monopolice la función en manos del Estado. Tampoco fueron partidarios de un sistema mixto, como el consagrado en algunos de los antecedentes constitucionales. Optaron, en definitiva, por transferir la función informativa a los medios de prensa de propiedad privada que, indirectamente, quedaron incorporados a la estructura democrática.

En esta concepción, el aparato informativo reviste total independencia frente a la acción gubernamental, lo que garantiza su libertad de criterio. A su vez, los gobernantes se ven compelidos constitucionalmente a aceptar ese control externo y a adaptarse a una situación donde la función informativa hace al gobierno pero no se desenvuelve en el gobierno.

Claro está que semejante situación ha generado y produce constantemente conflictos entre la prensa y los órganos gubernamentales, respecto del uso que cabe asignar a la información como instrumento de gobierno y de poder político.

Una muestra del conflicto resulta del enfrentamiento suscitado a raíz de la firme defensa ejercida por los medios de prensa respecto del secreto profesional y los múltiples desconocimientos que de él se traducen en el accionar, especialmente, de los legisladores y los jueces.

Con frecuencia, la posibilidad de obtener información de manera lícita por los hombres de prensa está condicionada a no divulgar la fuente de esa información. Se trata de una de las reglas básicas en el arte del periodismo a cuyo estricto cumplimiento está condicionada la credibilidad que pueda merecer el periodista en quienes le suministran la información, y la posibilidad de poder seguir contando con un caudal importante e interesante de datos novedosos.

El secreto profesional del periodista es un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad institucional de prensa. Ese secreto coadyuva a obtener y difundir la información que interesa a la sociedad ya que, tanto en el ámbito privado como en el gubernamental, se generan datos y noticias que son revelados bajo la condición expresa de preservarse la reserva de la fuente del informante. Precisamente, el desarrollo del periodismo de investigación, que permitió el esclarecimiento de graves hechos delictivos y de corrupción, está basado en el secreto profesional.

Consideramos que, básicamente, el secreto profesional es, para el periodista, un deber ético y un derecho jurídico.

Es un deber ético cuando el acceso a la información se opera como consecuencia del compromiso contraído por el periodista de no revelar la fuente informativa. En esta área, como en tantas otras, los protagonistas deben honrar su palabra. El periodista que, bajo tales condiciones, revela la fuente informativa, incurre en un engaño. Al margen de perder credibilidad para quienes le suministraron los datos periodísticos, viola una obligación que contrajo voluntariamente. Pero, por ser un deber ético, las sanciones que acarrea esa conducta también serán de naturaleza ética, lo que puede desembocar en el consecuente desprestigio profesional para el periodista.

#### 237. Aspectos legales

El secreto profesional en materia de prensa, que abarca el derecho a la reserva de las fuentes generadoras de la información, disfruta de una previsión específica en el ordenamiento constitucional argentino.

Todo medio de prensa y todo periodista disponen de un banco de datos que constituye el archivo periodístico. A él se acude para confirmar o cotejar ciertos datos novedosos, para complementar los que se vierten en una información periodística o, simplemente, para ampliar los conocimientos que, sobre cierta materia, posea un periodista.

El archivo periodístico es, quizás, uno de los tesoros más preciados que poseen los medios de prensa y que les permite enriquecer la información que suministran al público. Pero no son, propiamente, bancos de datos destinados a proveer información a terceros, sino instrumentos de trabajo indispensables para el ejercicio de la actividad periodística. No son, en realidad, bancos de datos sino bancos de "memoria".

Por tal razón, y en salvaguarda del secreto profesional, el art. 43 de la Constitución los excluye del ámbito de la acción de hábeas data. Al reglamentar este precepto constitucional, la ley 25.326 que regula la protección de los datos personales establece, en el último párrafo de su art. 1º, que mediante sus disposiciones "en ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

Asimismo, aunque en virtud de considerar como unidad de análisis el derecho al silencio o el derecho a la confidencialidad, también se ha destacado la estrecha relación que media entre el secreto profesional y la libertad de expresión.

Al margen de las referencias que encontramos en algunos textos provinciales, el art. 156 del Código Penal establece: "Será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa".

Esta norma, aplicable a los periodistas, transforma en un deber jurídico la obligación ética de no revelar la fuente informativa. Puede dar a conocer la información, pero no la fuente ni indicio alguno que permita individualizarla. Es que si una persona suministra información a un periodista que está ejerciendo su profesión, no puede menos que aceptar que ella será difundida.

El deber jurídico de preservar la fuente informativa está condicionado, en este caso, a que su incumplimiento ocasione o pueda ocasionar un daño a cualquier bien jurídico, esté o no comprendido en la esfera de los derechos del informante; se trate de un daño potencial o real, de carácter material o moral.

Sin embargo, la obligación deja de tener naturaleza jurídica y, por ende, se puede revelar la fuente informativa cuando exista justa causa. Concepto amplio y abarcativo de infinidad de hipótesis. Desde el daño más grave que puede acarrear para un tercero la no divulgación de la fuente, hasta el perjuicio que ese silencio pueda traer aparejado para las instituciones, el orden o la moral pública, o para la seguridad del Estado. En tales casos, el secreto profesional deja de ser un deber jurídico, pero conserva su carácter de deber ético para el periodista.

Para la aplicación del art. 156 del Código Penal, no se requiere que su contenido sea receptado por la legislación procesal. Así, el art. 244 del Código Procesal Penal dispone que deben abstenerse de declarar como testigos sobre hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón de su estado, oficio o profesión, los ministros de un culto reconocido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos y demás auxiliares del arte de curar; y los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Todos ellos, con excepción de los ministros de un culto, quedan exceptuados de ese deber si son liberados del deber de guardar secreto por el interesado. Si bien esta norma no incluye a los periodistas, ellos pueden invocar el deber que emana del art. 156 del Código Penal, puesto que una ley procesal de índole local no puede modificar una ley de fondo de carácter nacional.

### 238. Límites

¿El derecho a no revelar la fuente de la información es de carácter absoluto? Se trata de un interrogante cuya respuesta puede variar según las circunstancias de cada caso.

Jorge Vanossi, en una interesante síntesis, destaca que es necesario distinguir tres situaciones. Cuando se trata de la expresión de opiniones, nadie puede ser obligado a revelar su origen aunque ellas importen un severo ejercicio del derecho de crítica. Cuando se trata de datos, no de opiniones, que carecen de relación con causas penales, tampoco puede haber obligación de revelar la fuente de información. En cambio, cuando se trata de datos relacionados con la sustanciación de una causa penal, cede el carácter absoluto de la confidencialidad cuando hay un interés social comprometido que puede desembocar en la impunidad de un culpable o en la condena de un inocente.

Compartimos la razonabilidad de tales argumentos. Sin embargo, su rigurosa aplicación puede desarticular en la práctica la esencia del secreto profesional. Mediante la obtención coactiva de datos periodísticos afrontamos el riesgo de avalar la violación al compromiso de honor asumido por el periodista de no revelar su fuente informativa. Es cierto que el reconocimiento de tal derecho puede degenerar en su ejercicio abusivo e irrazonable. Pero también es cierto que las autoridades que conducen una investigación penal y hasta los propios jueces pueden incurrir en similar comportamiento, citando a los periodistas para que revelen su fuente informativa, cuando tal determinación no es conducente para esclarecer el hecho delictivo o existen otras vías para alcanzar igual objetivo.

Se plantea un conflicto de difícil solución, al menos en el ámbito teórico. Sin embargo, en la práctica, es poco probable que un periodista se escude en el secreto profesional para permitir la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Generalmente, en tales casos extremos y en consideración de la gravedad de los hechos, el periodista puede entender que su deber ético de resguardar la fuente informativa debe ceder ante otros valores que, subjetivamente, considera superiores.

Sujeto a la estricta aplicación de tales reglas, la garantía del secreto para el periodista solamente podría ceder en causas judiciales cuando: 1) La información fue obtenida ilegalmente por el periodista; 2) la información no es obtenida a través de un auténtico ejercicio profesional o es aportada al periodista con prescindencia de su condición de tal. Pero, en cualquiera de estas hipótesis, no sería ilícito abstenerse de revelar la fuente informativa cuando ello importe un caso de autoincriminación o ponga en peligro real y cierto la seguridad del periodista. Claro está que, bajo tales circunstancias, se trata de una prerrogativa de la cual también disfrutaban quienes no ejercen la actividad periodística.

El acceso ilegal a la información debe provenir directamente del periodista. No se presenta, y por ende no hay responsabilidad por parte del periodista, cuando difunde información obtenida ilícitamente por un tercero, quien se la suministra a aquél para tal fin. Inclusive, en esta hipótesis, el periodista no puede ser legalmente obligado a revelar su fuente informativa.

En Estados Unidos se registra un caso emblemático que revela la importancia que los periodistas le asignan al secreto profesional.

Bob Woodward y Carl Bernstein, dos periodistas de The Washington Post, desataron en 1972 el escándalo del espionaje realizado en una sede del Partido Demócrata que se conoció como el caso "Watergate". Recibieron información sobre el particular de una fuente reservada que, además, les comunicó que en la Casa Blanca existían tres cintas magnetofónicas en las cuales se registraba el intercambio de opiniones del entonces presidente Nixon con sus asesores sobre los resultados de la maniobra y su curso posterior. Los periodistas, que denominaron a su fuente con el nombre de "Garganta Profunda", solamente la individualizaron ante el director del Washington Post, Ben Bradice, quien tras realizar un "chequeo" razonable sobre su autenticidad, autorizó la publicación de las notas periodísticas. Los intentos de Nixon para obligar a los periodistas a revelar su fuente informativa se frustraron cuando ellos, a su vez, demandaron judicialmente que se presentaran aquellas cintas magnetofónicas. La repercusión pública del caso y la posibilidad de que el Congreso iniciara un proceso de remoción del presidente determinaron que Nixon renunciara a su cargo el 9/8/1974 (38).

### 239. Jurisprudencia

Si bien existe cierta resistencia por parte de los tribunales judiciales para admitir el secreto profesional periodístico, generalmente es reconocido y respetado. A veces, por convicción legal, y otras, por razones de índole práctica.

Así, la sala 3ª de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (39), el 4/4/1990, dispuso el sobreseimiento provisional en una causa por contrabando que había sido promovida por la actuación fiscal.

La causa tuvo su origen en un artículo publicado en el diario La Nación donde, tras efectuar una descripción del mercado local de material informático, se destacaban las diferencias significativas que se advertían con el mercado internacional en materia de precios y las numerosas ofertas de venta de aquel material cuyo ingreso legal al país estaba vedado.

En primera instancia, y tras la realización de diversas medidas instructorias, tales como las declaraciones testimoniales que prestaron los representantes de algunas entidades especializadas en informática y el secretario general de redacción del medio de prensa, fue dispuesto el sobreseimiento provisional en la causa. La resolución fue apelada por el fiscal porque no se habían producido todos los actos instructorios que había solicitado. En particular, el requerimiento a los medios de prensa para que remitieran copias de los avisos que habían publicado y en los cuales se ofrecía en venta aquellos materiales, así como también la individualización de sus emisores. Sin embargo, la Cámara confirmó resolución apelada.

Un criterio similar fue adoptado por la sala 1ª de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos, al resolver, el 22/3/1991, el caso "Elizalde" (40). El tribunal sostuvo que el secreto profesional del periodista es un derecho subjetivo que integra la libertad constitucional de prensa y que, en principio, corresponde preservarlo en tanto no gravite sobre la resolución de una causa penal que traiga aparejada la condena de un inocente.

En el caso "Gorriarán Merlo" (41), resuelto el 2/5/1996 por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal de San Martín, sala 1ª, se destacó que "El derecho al secreto profesional periodístico es relativo. Así, el mismo cede cuando razones de orden público de relevante jerarquía lo aconsejan y cuando ello no vulnere el derecho de no autoincriminarse ni afecte los límites previstos por el art. 28 de la Constitución Nacional". Añadió que, en el caso concreto, no se podía iniciar una investigación judicial con sacrificio de la garantía del art. 43 de la Ley Fundamental, sin antes agotar otras vías independientes que permitieran acreditar la existencia del hecho delictivo.

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el caso "Gorriarán Merlo", la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, sala 1ª, decidió que correspondía preservar la identidad del periodista que había efectuado una filmación mediante una cámara oculta, debido a que ella no era esencial para la resolución de la causa, al menos en la etapa procesal en que se hallaba (42).

En el caso "Moschini, Roberto" (43), ese mismo tribunal se opuso a que ciertos medios de prensa revelaran la fuente de las informaciones periodísticas que habían publicado: "El requerimiento efectuado para que las empresas mencionadas revelen el origen y/o la fuente informativa de los artículos resulta incompatible con lo dispuesto por el artículo 43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, que específicamente prohíbe la afectación del secreto de la fuente de información periodística".

La sala 2ª de ese Tribunal consideró que vulneraba la inviolabilidad de las fuentes periodísticas la orden judicial de confeccionar un listado con llamadas telefónicas realizadas y recibidas por un periodista que reviste carácter de testigo en una causa penal, al existir otros cursos de investigación útiles para el logro del objetivo instructorio (44).

La sala 2ª de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el archivo de las actuaciones en el marco de una investigación por la presunta comisión del delito de violación de secretos generada a partir de una nota periodística que dio a conocer detalles de la investigación por sobornos en el Senado de la Nación en el año 2000, por entender que la única vía de investigación para profundizar la pesquisa violaba el secreto de las fuentes periodísticas. Señaló que más allá de la tipicidad del hecho, el interés de profundizar la investigación entraba en conflicto con una de las dimensiones esenciales de la libertad de expresión, y que cuando ilegalmente se restringe la libertad de expresión de un sujeto no sólo es el derecho de la persona el que se está violando, sino el de todos a recibir informaciones e ideas y, por consiguiente, una restricción de las posibilidades de divulgación. En ese contexto se inscriben el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias y difundirlas resguardando razonablemente la fuente de la que se han obtenido. En el caso, el requerimiento al periodista y el medio de prensa donde se publicó la noticia importaba desconocer el ejercicio legítimo de un derecho constitucional, en la medida que el periodista se había rehusado a individualizar su fuente (45). Otro tanto, requerir el acceso al correo electrónico del periodista y entrecruzar las

llamadas entre su teléfono y los de quienes tuvieran intervención en la causa penal, pues se lesionaba el secreto de las fuentes de información periodística.

#### 240. Restricciones a la libertad de prensa

En un sistema político democrático constitucional, la actividad periodística es esencialmente libre en orden a las personas que están habilitadas para su ejercicio. Una de las trabas autocráticas impuestas usualmente al periodismo consiste en exigir a quienes lo practican autorizaciones administrativas, inscripción en registros especiales, título habilitante fruto de la aprobación de estudios terciarios y la colegiación obligatoria. Son, todos ellos, mecanismos idóneos para impedir a ciertas personas el ejercicio de la actividad periodística como un medio indirecto para controlar los contenidos de la información que se suministra a la comunidad, o bien para estratificar socialmente a un grupo humano —los periodistas— mediante un régimen de privilegios inconcebible en el constitucionalismo democrático.

Si se considera la naturaleza institucional y estratégica de la libertad de prensa en el marco de la Constitución Nacional, resulta palmaria la descalificación jurídica de toda norma que imponga la colegiación obligatoria de los periodistas o que condicione el acceso a esa categoría profesional al cumplimiento de determinados recaudos como presupuesto para poder ejercer la libertad de expresión en forma regular y como un medio digno de vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, encargada de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, emitió la opinión consultiva 5/85, del 13/11/1985, donde destacó que la colegiación obligatoria impuesta a los periodistas restringe la libertad individual de expresión y el derecho de la sociedad a recibir informaciones de personas determinadas.

En el sistema constitucional argentino carecen de validez jurídica todas aquellas normas que prohíben la impresión de ciertas publicaciones y su venta, en tanto configuran actos de censura que impiden la publicación o venta de impresos y, por ende, la manifestación libre del pensamiento. Todo ello, claro está, sin perjuicio de las sanciones que puedan ser aplicadas a los autores del impreso si sus contenidos llegan a configurar actos ilícitos civiles o penales.

Dentro de esta situación genérica quedan englobados aquellos casos en que la autoridad administrativa prohíbe la impresión y venta de periódicos en determinados días del año, con el propósito de tutelar las condiciones de trabajo de los distribuidores y vendedores de diarios y revistas. Tal medida tradicionalmente se aplica para los días 1º de enero, Viernes Santo, 1º de mayo y 25 de diciembre, a los cuales se añade el 7 de noviembre, fecha en que se celebra el "Día del canillita" (esa es la denominación que tradicionalmente designa a los vendedores de diarios).

La medida no sería objetable si ella se limitara a disponer que, en los referidos días, los distribuidores y vendedores de diarios que prestan servicios laborales bajo relación de dependencia no estuvieran obligados a cumplir con sus tareas. Sin

embargo, ella excede el marco de razonabilidad al establecer que en tales fechas queda prohibida la impresión de diarios y su venta en forma directa por las empresas periodísticas.

La Cámara Federal de Bahía Blanca tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema al resolver, el 6/7/1991, la acción de amparo planteada en el caso "Diario La Nueva Provincia" (46). Confirmó la decisión del juez de primera instancia que había dispuesto dejar sin efecto la prohibición establecida para la impresión y distribución de ese diario los días 7 de noviembre.

Al resolver el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10/8/1993(47) (fallo al cual ya nos referimos en este capítulo al hablar de la "censura breve"), revocó la sentencia de la Cámara Federal. Entendió que "la mera comprobación de que en un determinado día del año no pueden lanzar a la venta pública las ediciones en cuestión no es un elemento suficiente que permita determinar por sí solo si en el caso ha existido una restricción ilegítima a la libertad de prensa. En efecto, resulta imprescindible establecer, asimismo, si la señalada limitación objetiva que prima facie parece afectar exclusivamente a la faz mercantil de la actividad editorial se encuentra o no justificada, análisis complejo del que prescindió totalmente la Cámara". No compartimos esta decisión pues avala ilegítimamente una restricción a la prensa gráfica y al derecho a la información de los ciudadanos, que no es extensible a la radio, televisión e internet.

Otro aspecto de cuestionable validez constitucional resulta de aquellas normas con las cuales se pretende determinar el porcentaje sobre el precio de tapa de las publicaciones que corresponde a los distribuidores y vendedores de periódicos, prescindiendo de la voluntad de las partes, o las que impiden a las empresas periodísticas proceder a la venta directa de sus publicaciones, así como también aquellas que, respondiendo a una concepción corporativa, imponen severas condiciones a todos aquellos que aspiren a ejercer la actividad de vendedores o distribuidores de periódicos.

En esta categoría cabe incluir a las normas legales que prohíben la difusión periodística de toda propaganda política o de encuestas electorales, dentro de las 48 horas anteriores a los comicios, a lo cual ya nos referimos. Como decíamos tal prohibición, respecto de las encuestas, también se extiende por cierto lapso posterior a la conclusión del acto electoral. Consideramos que la prohibición es inconstitucional por restringir irrazonablemente los derechos de informar y a la información. Además la restricción resulta pueril por ser inaplicable a los medios de radiodifusión extranjeros y a sus emisiones por internet.

Con lamentable frecuencia, las potestades fiscales han sido empleadas particularmente por ciertos gobiernos provinciales y municipales, para presionar a los medios de prensa mediante inspecciones arbitrarias de sus archivos y aplicando sanciones administrativas por presuntas infracciones formales a las normas impositivas. Aunque no respondió a semejante propósito, se incluyen en esta categoría de restricciones los hechos que motivaron la sentencia dictada por la

Corte Suprema de Justicia en el caso "Sociedad Anónima La Nación", resuelto el 9/12/1993(48).

La Corte Suprema al confirmar la decisión judicial que había revocado la resolución del ente administrativo, declaró que "aun cuando la clausura dispuesta se limita a los sectores en que se desarrolla la actividad comercial de la empresa periodística, es decir, a las oficinas de venta de avisos, es evidente la directa influencia que ella tendría sobre la posibilidad de publicación del diario, ya que afectaría de manera sustancial y necesaria su base económica de sustentación".

La superposición de contribuciones federales y provinciales sobre las actividades que desarrollan ciertos medios de prensa siempre fue objeto de particular preocupación.

En tal sentido, merece ser destacado el fallo que dictó, el 15/12/1998, la Cámara Federal de Tucumán (49), al declarar la inconstitucionalidad de las normas locales que gravaban el uso del espacio aéreo por una empresa de televisión por cable. Dijo el tribunal que eran violatorias de la legislación federal imperante en la materia, porque "la ley 19.798 aplicable a la especie, al igual que la ley 22.285, dispone claramente que la ocupación o uso del espacio aéreo en cualquier lugar del país, estará exento de todo gravamen sea por el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones". Su fundamento fue la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Telefónica Argentina c. Municipalidad de General Pico". El Alto Tribunal había expuesto que "El tributo municipal que se origina en la ocupación o uso del espacio aéreo de esa jurisdicción, constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación" (50).

En el marco de una política económica restrictiva para la actividad privada, han sido frecuentes las limitaciones establecidas a los periódicos para fijar su precio de tapa. En el caso "Aleman y Cía.", la Corte Suprema de Justicia (51) convalidó la sanción de multa aplicada por la Subsecretaría de Comercio Interior del Ministerio de Comercio por no habersele comunicado previamente el aumento del precio de venta del diario *Argentinisches Tageblatt*. La Corte consideró razonable el requerimiento de la comunicación, "adecuado para ejercer el contralor que la misma norma impone a la autoridad de aplicación, en orden a evitar y prevenir una determinación arbitraria de los precios", agregando que la sanción aplicada por la conducta comercial carece de relación directa e inmediata con la garantía de la libertad de imprenta.

Un fallo fundamental, por sus proyecciones en esta materia, fue el que pronunció la Corte Suprema de Justicia en el caso "La Prensa" (52), en el que declaró inaplicable la ley 20.680 —Ley de Abastecimiento— a los diarios que, pese a su carácter de cosas muebles, consideró que no están comprendidos en aquella ley ya que su fin primordial no consiste en difundir la cultura sino la información o las ideas de sus

redactores cuya libertad de publicación está garantizada por el art. 14 de la Constitución Nacional.

Con respecto a las restricciones que se imponen para dar a publicidad los nombres de las partes en un proceso judicial, la Corte Suprema de Justicia estableció que el principio de publicación de las sentencias es una expresión de la regla republicana de publicidad de los actos de gobierno que impone el art. 1º de la Constitución. En principio, toda sentencia en materia penal debe ser pública, excepto en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales, o tratándose de enfermos de sida, o si se afecta arbitrariamente la intimidad de las partes. En tales casos, si bien la sentencia puede ser publicada, corresponde abstenerse de difundir el nombre de la parte afectada. Sobre tal base, dispuso rechazar el pedido de supresión de los nombres de las partes para la publicación de una sentencia condenatoria por el delito de abuso deshonesto, pues si bien es indudable que la publicación íntegra de la sentencia puede ser perjudicial para el peticionario, dada su profesión de abogado, ello es producto de la propia conducta generadora del reproche penal (53).

Tampoco cabe hacer referencia a una restricción ilícita a la libertad de expresión, cuando ella pretende ser materializada mediante violación de la ley. La Corte Suprema de Justicia resolvió que las emisoras de radiodifusión clandestinas no son lícitas. No por su carácter oculto o secreto, sino por la falta de autorización previa para operar otorgada por autoridad competente (54).

Al margen de las normas legales, las restricciones más graves provienen de la intolerancia puesta de manifiesto por los funcionarios gubernamentales frente a las manifestaciones del pensamiento reflejadas por los medios de prensa que colisionan con sus ideas o intereses. Lamentablemente, la permanente relación de tensión existente entre el gobierno y la prensa libre muchas veces conduce a ciertos funcionarios públicos a implementar medidas destinadas a reprimir a los medios que no son afines a su línea política y a premiar, por diversas vías, a aquellos que son condescendientes con las opiniones y actos de los gobernantes de turno.

#### 241. Inhabilitación para ejercer el periodismo

Si no es viable condicionar el ejercicio de la actividad periodística al cumplimiento de diversos recaudos legales, resulta razonable sostener que tampoco es procedente prohibir a una persona que prosiga ejerciendo el periodismo.

Sin embargo, el art. 20 bis, inc. 3º, del Código Penal, establece que podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, cuando el delito cometido importe el ejercicio incompetente o abusivo de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público. Aplicando tal norma, un juez penal condenó a un periodista a la pena de un año y seis meses de inhabilitación para ejercer su profesión de periodista, pese a que ella no está sujeta a licencia, autorización o habilitación alguna.



Al resolver el recurso de apelación interpuesto en el caso "Rodríguez, Horacio" (55) , el 17/2/1993, la sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dejó sin efecto dicha sanción.

El tribunal, al revocar la sanción, entendió que "el art. 20 bis, inc. 3º, no puede referirse a cualquier profesión no reglamentada, como la de periodista". Añadió que "Sería imposible determinar, por ejemplo, cuál es la competencia con que un periodista ha redactado su artículo, porque gran parte del trabajo de la prensa está sujeto a infinidad de valoraciones, según las posturas subjetivas de quienes la lean. Esta es la razón, entre otras cosas, por la cual algunos compran el diario y otros uno distinto. Sin duda, la elección se basará en la competencia periodística según la afinidad con las propias convicciones".

Consideramos que la prohibición impuesta a una persona para ejercer la actividad periodística, cualquiera sea su fundamentación, y aunque mediante ella se hubiera incurrido en la comisión de un delito, constituye un acto de censura que excede la razonable reglamentación prevista por el art. 14 de la Constitución Nacional para ejercer la libertad de prensa y para trabajar, tal como fue destacado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 5/85.

#### 242. Doctrina "Campillay"

Para sostener la responsabilidad de los medios de prensa por la publicación de hechos inexactos, la jurisprudencia de nuestros tribunales estuvo desprovista de reglas, relativamente uniformes, y muchas veces adoptó criterios jurídicos que se aproximaban sensiblemente a la responsabilidad objetiva. Esa responsabilidad resultaba de la simple acreditación por el accionante de la inexactitud de los datos publicados con prescindencia, en principio, de las razones que pudieron impulsar al medio de prensa para su difusión o de la seriedad que cabía atribuir a las fuentes generadoras de la información transmitida.

Inclusive, y con referencia al elemento subjetivo, se llegó a propiciar una suerte de presunción de dolo o culpa en el medio de prensa cuando publicaba datos inexactos. Presunción que, si bien admitía la prueba en contrario, se apartaba de los principios generales del derecho que imponen al accionante el deber, no solamente de probar la inexactitud, sino también el dolo o culpa en quien había ejercido la libertad de prensa.

Sin embargo, los tiempos judiciales son mucho más lentos que los tiempos periodísticos, donde la celeridad en el suministro de información configura la esencia de su caracterización moderna. Esa celeridad, que es coherente con los asombrosos adelantos tecnológicos experimentados en el curso de los últimos años, impone a los jueces el deber de superar los límites de un gabinete de estudio e introducirse en la realidad cotidiana de la actividad periodística que, lamentablemente, no es suficientemente conocida.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de desarrollar parcialmente estos conceptos el 15/5/1986 al resolver el caso "Campillay c. La Razón, Crónica y Diario Popular"(56) .

El hecho generador de la responsabilidad atribuida a los medios de prensa consistió en haber publicado un comunicado de la Policía Federal en el cual se involucraba al actor en la comisión de diversos delitos de los cuales, posteriormente, fue sobreseído definitivamente en sede penal.

La Corte consideró que el comportamiento de los diarios había sido imprudente a pesar de que ellos se limitaron a transcribir el comunicado policial, pero sin citar la fuente informativa. Asimismo, precisó las circunstancias de hecho que, en tales casos y a su criterio, son suficientes para eximir de responsabilidad a los medios de prensa. Tales circunstancias, que configuran las reglas de la doctrina "Campillay", eximen de responsabilidad a los medios de prensa cuando, en la redacción de las notas periodísticas, se adopta en forma alternativa a alguna de ellas:

1) Propalar la información con atribución directa de su contenido a la fuente pertinente. La fuente debe ser debidamente individualizada en la publicación, resultando insuficiente una referencia genérica. Además, corresponde al medio de prensa acreditar la existencia de la fuente invocada.

2) Utilizar un tiempo de verbo potencial.

3) Dejar en reserva la identidad de los implicados en la nota periodística. No se deberá publicar su nombre y cualquier otro dato que permita su individualización.

La rigurosa aplicación de las reglas configurativas de la doctrina "Campillay" fue considerablemente atenuada por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1993 cuando resolvió los casos "Triacca c. Diario La Razón" (57) y "Granada c. Diarios y Noticias" (58) .

En el primero de ellos, la Corte revocó la sentencia condenatoria para Diarios y Noticias que había impuesto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por considerar que había sido errónea la interpretación efectuada de la doctrina "Campillay". En el caso, Diarios y Noticias había emitido un despacho periodístico en el cual se formulaban graves cargos que, implícitamente, alcanzaban al actor aunque individualizando a la persona que los había formulado.

En el caso "Granada c. Diarios y Noticias" la Corte revocó la sentencia condenatoria impuesta por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, con motivo de la demanda promovida a raíz de la publicidad dada a los decretos 2049, 2069 y 2070 dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en 1985 que disponían el estado de sitio y la detención de diversas personas a las cuales, tanto en los considerandos de esas normas como en el curso de una conferencia de prensa ofrecida por el ministro del interior pocas horas después de la emisión del despacho periodístico, se las relacionaba con el desarrollo y ejecución de diversas actividades ilícitas.

La Corte entendió que la interpretación efectuada de la doctrina "Campillay" adolecía de manifiesto ritualismo lo que afectaba la justicia de la solución dada al caso. Agregó que la noticia atribuida a una calificada fuente gubernamental fue seguida pocas horas después por "una conferencia de prensa del ministro del

Interior, en la que este alto funcionario efectuó un desarrollo que —como el a quo lo admite— coincide en líneas generales con lo que había anticipado el despacho".

A partir de 1986, la Corte Suprema de Justicia, al igual que los tribunales inferiores, aplicó las reglas de la doctrina "Campillay", en numerosas oportunidades, tanto en materia civil como penal, para juzgar la responsabilidad de quienes ejercen la libertad de expresión.

Es procedente eximir de responsabilidad al medio de prensa que publicó una nota transcribiendo los dichos potencialmente injuriosos vertidos por un tercero respecto del accionante, toda vez que no existe en dicha nota ninguna manifestación que permita suponer que el medio los compartía, ni tampoco hay elementos para imputarle que haya actuado con despreocupación. La atribución directa y sincera de la noticia a una fuente resulta suficiente para eximir de responsabilidad al periodista (59).

Corresponde el rechazo de la demanda de daños y perjuicios promovida a raíz de la publicación de una nota periodística en la que se describió un procedimiento policial por el cual se detuvo al accionante, porque está acreditado que las descripciones hechas se condicen con el acta de allanamiento y con las restantes constancias de la causa penal (60).

Con aplicación de la doctrina "Campillay", la Corte Suprema tiene resuelto que el periodista se exime de responsabilidad cuando atribuye sinceramente la noticia a la fuente, aunque se trate de la reproducción de una manifestación anónima, siempre que se aclare debidamente tal circunstancia para no inducir a error al receptor de la información. Máxime cuando no se cuestiona la veracidad del carácter anónimo de la fuente (61).

La doctrina "Campillay" no es aplicable cuando las expresiones vertidas se refieren a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de interés institucional o de relevante interés público. Consideramos que cabe acudir a las reglas de la "real malicia" para proteger con mayor intensidad esa libertad institucional y estratégica. De tal modo, "Campillay" regiría en los supuestos en que la libertad de prensa es ejercida en una dimensión individual, mientras que la "real malicia" funcionará en los casos donde la libertad de prensa se ejerce en una dimensión institucional o estratégica.

#### 243. Doctrina de la "real malicia". Formulación de la doctrina

El 29/3/1960 el diario New York Times publicó una solicitada bajo el título de "Escuchad sus voces clamorosas", en la cual se detallaban denuncias y reclamos formulados por diversos ciudadanos con motivo de actos de discriminación racial ejecutados por la autoridad policial.

Algunos de los hechos descriptos en la solicitada eran inexactos y tal circunstancia se acreditó fehacientemente.

El tribunal del condado de Montgomery hizo lugar a la acción de difamación del comisionado policial de Sullivan y condenó a cuatro de los autores de la solicitada

y al diario New York Times al pago de una indemnización de U\$S 500.000. El fallo fue confirmado por la Suprema Corte del Estado de Alabama con aplicación de aquellos principios del common law y prescindiendo del sentido que cabía asignar en el caso a las disposiciones del derecho constitucional.

El New York Times recurrió por ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos que, al revocar el pronunciamiento, formuló la célebre doctrina de la "real malicia" (62).

En el voto del juez William J. Brennan, que reflejó el criterio mayoritario de la Corte, se destacó que se revocaba el fallo porque las reglas del common law aplicadas por el tribunal de Alabama eran constitucionalmente deficientes al no salvaguardar las libertades de prensa y de palabra protegidas por las Enmiendas I y XIV, en una acción por difamación iniciada por un funcionario público contra quienes criticaron su desempeño como tal.

El juez Brennan precisó el contenido de la doctrina de la "real malicia": "Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta como tal a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad".

Para avalar la razonabilidad de la solución propuesta, el magistrado señaló que "La prerrogativa acordada a la crítica de la conducta de los funcionarios públicos es análoga a la protección concedida al funcionario público a quien un particular demanda por difamación. En 'Barr v. Matteo' (360 U.S. 564) esta Corte sostuvo que las expresiones de un funcionario público tienen un privilegio absoluto si son hechas dentro del amplio marco de sus atribuciones. Los Estados acuerdan la misma inmunidad a las declaraciones de sus funcionarios de mayor jerarquía, aunque algunos limitan el privilegio cuando se trata de funcionarios de menor importancia. Pero la solución uniforme es que todos los funcionarios se encuentran protegidos a menos que se pruebe su real malicia. La razón de esta prerrogativa se debe a que, de otro modo, la amenaza de juicios por indemnización de daños inhibiría una vigorosa y efectiva administración de la política del Gobierno y reduciría el entusiasmo de todos en el firme desempeño de sus deberes, con excepción de los más resueltos o más irresponsables. Análogas consideraciones fundamentan la prerrogativa del ciudadano que critica al gobierno, ya que es tan deber suyo criticar, como deber del funcionario administrar".

La alternativa del dolo eventual o reckless disregard incorporada por el juez Brennan en modo alguno equivale a la culpa de la legislación civil argentina. Así, en el fallo se explicitó que "hay pruebas que demuestran que el Times publicó el aviso sin confrontar su actitud con las notas periodísticas de sus propios archivos. La mera existencia de dichas notas en los archivos no significa, por supuesto, que el Times conocía la falsedad de la solicitada, ya que el estado mental que implica la real malicia debe referirse a las personas de la organización del Times que eran responsables por la publicación de la solicitada. Con respecto a la omisión de tal

confrontación por parte de esas personas, surge del juicio que las mismas confiaron en su conocimiento de la buena fama de muchas de las personas cuyos nombres figuraban entre los promotores del aviso (...). Consideramos que la prueba aportada en contra del Times justifica, como mucho, la conclusión de que el mismo fue negligente al no descubrir los errores y es, por ende, constitucionalmente insuficiente para demostrar la temeridad que requiere la imputación de la real malicia".

En síntesis, para que un medio de prensa o un particular sean responsables jurídicamente con motivo del ejercicio de la libertad de expresión, cuando ella recae sobre el desempeño de sus funciones por un funcionario público, se requiere:

- 1) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria.
- 2) La prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión.
- 3) La prueba por el accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo. La prueba de una mera conducta culposa resulta insuficiente para afirmar aquella responsabilidad.

Tal fue el contenido asignado, en esa oportunidad, a la doctrina de la "real malicia". Además, si bien en el caso concreto su aplicación se limitaba a la hipótesis de expresiones vertidas sobre un funcionario público, en el voto de la mayoría se destacó su proyección a los casos en que se debaten "temas de gran preocupación e interés público", "cuestiones públicas" y "críticas al gobierno".

Si bien la formulación de la doctrina fue hecha en el marco de un proceso civil, su aplicación fue extendida inmediatamente a las causas penales.

En el caso "St. Amant v. Thompson" (63), la Suprema Corte aclaró que el concepto de reckless disregard no se acredita mediante la prueba de cierta negligencia sino de que el autor tuvo conciencia sobre la falsedad en la publicación. La regla impone el conocimiento de la falsedad —dolo directo— o la prueba de la reckless disregard sobre la falsedad del material publicado que, en tanto pudo ser fácilmente confirmado, se optó voluntariamente por no hacerlo. Por tal razón se entendió que no había dolo eventual cuando solamente se probaron omisiones que pudieron responder a un error, o cuando el acusado realizó una investigación elemental sin resultados satisfactorios (64).

De modo que cualquiera sea la regulación normativa vigente en los Estados locales, ella debe permitir la aplicación del estándar de la real malicia, tanto en materia civil como en materia penal. Todo ello como consecuencia de la necesaria subordinación de las leyes de fondo que dicten esos Estados a los principios de las Enmiendas I y XIV de la Constitución americana. Tanto el derecho legislado local como el common law están subordinados a la letra y a los principios que emanan de la Constitución.

La necesidad de ofrecer una definición del concepto de funcionario público, para la aplicación de la "real malicia", fue satisfecha por la Suprema Corte al resolver el caso "Rosenblatt v. Baer" (65). Destacó el tribunal que "Hay, en primer lugar, un fuerte interés por el debate de los asuntos públicos y, en segundo lugar, un fuerte interés en el debate sobre las personas que están en una posición significativa para influir sobre las resoluciones que se adopten en tales asuntos públicos. La crítica al gobierno está en pleno centro de la razón constitucional que protege a la libertad de expresión. Por ende, la crítica de aquellos que son responsables por los actos del gobierno debe ser libre y desprovista de penalidades. Está claro que la definición de funcionario público abarca a todos aquellos que, revistiendo la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se tomen en los asuntos de gobierno", y que "el cargo en el gobierno debe tener, o aparentar tener, la importancia suficiente como para que el público se interese por el desempeño de ese funcionario, sin perjuicio del interés genérico del público en calificar la actuación de todos los empleados gubernamentales".

La definición es básicamente dinámica y está relacionada con las particularidades de cada caso concreto.

Así, han sido considerados funcionarios públicos por las particularidades de los hechos, los integrantes de la policía y asesores gubernamentales, los miembros de las legislaturas locales, los magistrados judiciales (66) y hasta los docentes de establecimientos educacionales debido a la función cívica que tienen en un gobierno representativo.

En una segunda etapa de su evolución dinámica, la regla de la real malicia fue extendida a los casos en que se suministraba información inexacta y agravante, no ya sobre funcionarios públicos sino sobre figuras públicas. En los casos "Curtis Publishing Co. v. Butts" y "Associated Press v. Walker" (67) que involucraban, respectivamente, a un famoso entrenador de football y a un prestigioso general retirado, la Suprema Corte resolvió aplicar la regla de la real malicia.

Si bien la aplicación de la doctrina de la real malicia se había concretado en casos cuyos protagonistas eran funcionarios públicos y figuras públicas, quedaba pendiente de decisión la viabilidad de aquélla respecto de particulares que no eran figuras públicas ni funcionarios públicos.

Para determinar la aplicación de la doctrina a casos no relacionados con funcionarios públicos o figuras públicas, la Suprema Corte consideró que correspondía verificar la medida en que los particulares estaban involucrados con temas de interés público, la forma en que se habían involucrado y si el ejercicio de la libertad de expresión se circunscribió al episodio que era objeto de interés público.

En el caso "Rosenbloom v. Metromedia" (68), y por el voto de los jueces Brennan, Burger y Blackmun, el tribunal decidió extender aquella doctrina a las demandas por difamación en casos concernientes a materias de relevante interés público o

materias de orden institucional sin entrar a considerar si las personas involucradas eran figuras públicas o simples particulares.

La Suprema Corte estableció que no cualquier manifestación de la libertad de prensa respecto de funcionarios públicos y figuras públicas quedaba sujeta a la regla de la real malicia. Es necesario, al menos, una mínima conexión con temas de índole institucional, o de relevante y justificado interés público. Pero también destacó que los términos agraviantes y decisivamente falsos debían poseer cierta cuota de credibilidad para el público si es que se pretendía concretar la responsabilidad y consecuente sanción para quien había ejercido la libertad de expresión respecto de figuras públicas.

Así, en el caso "Hustler Magazine v. Falwell" (69) , la demanda fue promovida por un conocido predicador evangelista, cuya actuación era difundida por la televisión, porque en una parodia se lo presentaba como adicto al consumo de bebidas alcohólicas y proclive a comportamientos inmorales con su madre. La Corte entendió, dado el carácter de figura pública de Falwell, que correspondía aplicar las reglas de la real malicia porque, si bien estaba probada la falsedad de las expresiones, la conducta del emisor carecía de dolo y de intención de agravio ya que, tratándose de una parodia, los hechos difundidos no eran razonablemente creíbles por el público.

Pero, si bien una parodia, por más agresiva que sea, no puede ser fuente de acciones resarcitorias o punitivas por estar desprovista de dolo y aptitud difamatoria, no acontece lo propio con aquellas opiniones que, en realidad, encubren la imputación de hechos falsos. Si las opiniones se traducen en la imputación de hechos y pueden ser razonablemente interpretadas de tal manera, su autor es responsable por las consecuencias que acarrea su conducta (70) .

Asimismo, las alteraciones introducidas por un periodista en una publicación a las expresiones vertidas por el entrevistado no determinan su responsabilidad jurídica si, en definitiva, no modifican el sentido con que fueron emitidas. Pero, si modifican ese sentido con un efecto agravante para el entrevistado, es aplicable la doctrina de la real malicia cuando éste es una figura pública (71) .

#### 244. Aplicación en el sistema jurídico argentino

La doctrina de la real malicia reconoce su fuente en la Constitución de los Estados Unidos y no en el common law . Particularmente, en los principios contenidos en sus Enmiendas I y XIV. La primera, que es a su vez fuente del art. 32 de la Constitución Nacional, establece que el Poder Legislativo no puede sancionar leyes restrictivas para el ejercicio de la libertad de prensa y de expresión. La segunda dispone que los Estados locales no podrán dictar normas que limiten las prerrogativas o inmunidades que la Constitución reconoce a los ciudadanos, ni privar a una persona de sus libertades sin el debido proceso legal.

Como se advierte, y así lo destacó claramente la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "New York Times v. Sullivan", el origen de la doctrina no reside en el common law , sino en la Constitución. De modo que el contenido de ella no

responde a una concepción "extranjizante", sino a principios de derecho público legislado que fueron incorporados expresamente a la Constitución Nacional.

Su génesis constitucional avala la aplicabilidad de la doctrina en el sistema jurídico argentino que se nutre, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, de los principios fundamentales del secular movimiento constitucionalista.

La doctrina de la real malicia ha merecido severos cuestionamientos en orden a su aplicación en el ámbito del ordenamiento jurídico argentino. Tales reparos comenzaron a ser esbozados hace aproximadamente veinte años, cuando se incrementó la difusión de su significado y se destacó la conveniencia de su aplicación para consolidar el ejercicio de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica.

Las observaciones formuladas a la doctrina de la real malicia, en algunos casos, están basadas en sólidos y razonables argumentos de tipo estrictamente jurídico. Pero, con cierta frecuencia, los reparos obedecen a concepciones meramente subjetivas, a preconceptos de tipo ideológico o referidos al papel que desempeñarían los medios de prensa y, a veces, a consideraciones que ponen en evidencia un desconocimiento de los contenidos y alcances de la real malicia.

Entre estos últimos, incluimos aquellos que propician su rechazo por tratarse de una doctrina "foránea" o "extranjizante". También, cuando se afirma que la real malicia fue gestada en el seno del common law británico y estadounidense, que son creaciones jurídicas totalmente extrañas a nuestro derecho continental y codificado.

Nosotros entendemos que, cuando la libertad de prensa se ejerce en una dimensión institucional o estratégica, corresponde la aplicación de las reglas de la real malicia porque, en tales hipótesis, ellas tienen sustento constitucional. Pero, cuando la libertad de expresión se manifiesta en una dimensión individual, cabe aplicar los principios del derecho común. Derecho común que no es el vigente en los Estados Unidos, sino el que emana de nuestros códigos Civil y Penal. En materia penal, una adecuada interpretación de las disposiciones que integran el código sustantivo a la luz de los preceptos constitucionales, torna perfectamente aplicables las reglas de la real malicia. En especial, respecto de las figuras penales que protegen el honor de las personas, tales como los delitos de calumnias e injurias.

Quienes propiciamos aplicar la doctrina de la real malicia limitamos su ámbito a determinadas materias y cuestiones. Al margen de ellas, corresponde aplicar el derecho común. Pero no el derecho común anglosajón resultante del common law , sino el derecho común establecido en nuestro Código Civil.

#### 245. La real malicia en la jurisprudencia nacional

Fue en el caso "Vago c. Ediciones La Urraca S.A.", resuelto el 12/6/1990 por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil donde, por primera vez, se destacó la aplicabilidad de las reglas sistematizadas por la Suprema Corte de los

Estados Unidos cuando se trata de la publicación de noticias referentes a temas de interés público, sobre funcionarios públicos o figuras públicas (72).

Los hechos generadores del caso consistieron en la amplia difusión pública que tuvieron los decretos 2049, 2052, 2069 y 2070 de octubre de 1985, así como también los fundamentos que les asignó el Gobierno nacional, por los cuales se dispuso la detención de varias personas y la implantación del estado de sitio, a raíz del presunto accionar de ciertos grupos que, por las vías de hecho, habrían desencadenado la alarma pública y un estado de perturbación social. A ello se agregaron las imputaciones de delitos realizadas por el Ministerio del Interior que fueron ampliamente difundidas por los medios de prensa, en algunos casos objetivamente y, en otros, por la presencia de opinión que, según su valoración ideológica, minimizó los hechos o les asignó una relevancia mayor a la real.

En la sentencia del tribunal se destacó que los hechos productores de la alarma pública y del estado de perturbación social no fueron gestados por los medios de prensa. Tampoco ellos fueron los causantes del estado de sitio, de la detención de determinadas personas y de la imputación de graves y precisos hechos delictivos.

Asimismo, en consideración del interés público comprometido y de que la fuente de la información estaba concentrada en el Gobierno nacional, la publicación de tales acontecimientos no podía conducir a calificar como dolosa o temeraria la conducta asumida por los medios de prensa que satisficieron la necesidad cívica de conocimiento existente en la comunidad.

Tras sostener que el silencio de la prensa o su retraimiento hubieran causado efectos más perniciosos en la sociedad que un eventual abuso en la libertad de informar, el tribunal destacó que la nota cuestionada contribuyó al aporte de datos que facilitaron la discusión y la información de la comunidad.

Los elementos básicos que tuvo en cuenta el tribunal al pronunciar su sentencia residieron en el carácter de figura pública que tenía el accionante y en el contenido institucional que tenían los hechos que servían de marco fáctico al proceso. Al no poder acreditar el accionante el dolo o la despreocupación del medio de prensa por verificar la exactitud de la información aportada, la Cámara entendió que su petición resarcitoria no podía ser acogida.

El 19/11/1991, la Corte Suprema de Justicia (73) ratificó la sentencia de la Cámara al rechazar el recurso de queja por denegación del extraordinario que había interpuesto el accionante.

El 12/11/1996, la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia aceptaron y aplicaron las reglas de la doctrina de la real malicia para resolver el caso "Morales Solá" (74). Al revocar la sentencia condenatoria aplicada a Joaquín Morales Solá en la instancia inferior y con motivo de la querella por injurias promovida por Dante Giadone, la Corte destacó que tanto el recurrente como el a quo habían desarrollado sus argumentaciones a la luz de la doctrina de la real malicia. Sin embargo, las conclusiones de la sentencia condenatoria configuraban

una afirmación dogmática en la medida que afirmaban la existencia de una conducta dolosa pese a la inexistencia de pruebas fehacientes sobre el particular.

El juez Fayt, al margen de cuestionar la idoneidad de la conducta imputada al querellado para lesionar el honor del querellante, destacó que "la valoración de las circunstancias de hecho que el a quo formula es claramente contraria a esa doctrina, pues entiende configurada la real malicia a partir de una conclusión que —más allá de carecer de todo respaldo probatorio— es abiertamente insuficiente a ese fin, esto es, las serias dudas que el recurrente debía tener sobre la verdad de la afirmación. Ello es así porque, por un lado, tal doctrina exige que la condena al periodista se funde en la prueba a cargo del querellante de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas (Fallos 314:1517 antes citado), extremos claramente diversos de las serias dudas que sobre el punto pudiera tener el periodista".

Se trató de la primera vez en que la totalidad de los jueces de la Corte Suprema aceptó la vigencia de la doctrina de la real malicia en el derecho argentino. Corolario de ella fue el pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal cuando, el 27/12/1996, dejó sin efecto la sentencia dictada en el caso "Ramos, Juan c. LR3 Radio Belgrano" (75). Al revocar la sentencia civil condenatoria para el periodista Eduardo García, destacó que eran aplicables al caso tanto las reglas de la doctrina "Campillay" como las de la real malicia. Con referencia a esta última señaló que "La libertad de expresión no comprende tan sólo la tutela de las afirmaciones verdaderas, sino que se extiende a aquellas que, aun no correspondiéndose con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad".

El caso "Pandolfi c. Rajneri" (76) se suscitó a raíz de una publicación efectuada en el diario Río Negro. Su director, Julio R. Rajneri, que había tenido una destacada e importante actuación en la función gubernamental y en el ámbito político, publicó una nota en la que formulaba severas críticas por la presunta constatación de ciertos actos de corrupción a los cuales, implícitamente, se relacionaba a Oscar Pandolfi, quien revestía el carácter de presidente del partido Unión Cívica Radical en la provincia de Río Negro. Pandolfi promovió una querella por injurias que, tras haber sido rechazada por la Cámara del Crimen provincial, fue luego revocada por el Superior Tribunal de dicha provincia, que consideró que, si bien una de las actividades principales desarrolladas por Rajneri era el periodismo, sus manifestaciones habían sido vertidas en su calidad de político. Por tanto, no se producía una eventual colisión entre el ejercicio de la libertad de prensa y el derecho al honor del ofendido.

Al revocar a su vez la sentencia del máximo tribunal provincial, los ministros Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert destacaron que la distinción realizada por el a quo entre un periodista y un político carecía de toda razonabilidad, porque el factor que se debía considerar era el ejercicio de la libertad de expresión. Libertad que puede ser desarrollada por cualquier persona, revista o no la calidad de periodista o político.

Los dos primeros expusieron que "se incorporó definitivamente —en forma pretoriana— la regla constitucional conocida como la 'real malicia' a nuestro derecho. Con su aplicación se procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pudieran ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares intervinientes en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica. Esa doctrina se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas. El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional".

Entendieron que, en el caso, la noticia versaba sobre un tema de trascendente interés público y alcanzaba al querellante que era una personalidad pública dada su condición de legislador provincial y presidente local de un partido político. Sobre tal base, concluyeron que "la cuestión sometida a la jurisdicción del Superior Tribunal de Río Negro no se centraba en el debate acerca de si el señor Pandolfi era titular o no de una sociedad controlante de otra que había obtenido créditos preferenciales de parte del banco de esa provincia —campo al que condujo la controversia el a quo al exigir como único modo de exculpación la producción de la exceptio veritatis — sino si existían elementos que —en una interpretación periodística bien intencionada— hubiesen podido justificar la publicación de la noticia por su trascendencia pública".

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que correspondía revocar una sentencia que había soslayado considerar el caso a la luz de la doctrina de la real malicia invocada por la parte demandada (77).

También destacó el Alto Tribunal que, al haberse desestimado el carácter difamatorio de una nota periodística referente a una jueza, no correspondía examinar el caso a la luz de la doctrina de la real malicia invocada como defensa, habida cuenta de que no se incurrió en una lesión al derecho a la intimidad del accionante (78).

La Cámara Nacional en lo Civil, sala E, rechazó una demanda por daños y perjuicios promovida contra una empresa periodística que, en una de sus publicaciones, vinculó a un funcionario público con el tráfico de drogas y prácticas sexuales, porque no podía argumentarse que esa difusión hubiera excedido el ámbito de la intimidad del accionante desde el momento en que tales hechos habían generado una causa judicial y cinco sumarios administrativos. El interés general, por el cargo desempeñado por el actor y la notoriedad que éste tenía al momento de los hechos, justificaba dar a conocer todo tipo de conducta que trascendiera los límites de la privacidad (79).

Si bien el Tribunal invocó la doctrina "Campillay", su argumentación se aproxima más al estándar de la real malicia. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema (80).

Merece particular consideración la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso "Patitó c. Diario La Nación" (81), pues en ella se destaca, por parte de todos sus integrantes, la vigencia de la regla de la real malicia en el derecho argentino.

Sobre la base de notas periodísticas, La Nación publicó una editorial que, como tal, reflejaba el pensamiento de la dirección del medio de prensa. En ella, sostenía que el escándalo suscitado en el Cuerpo Médico Forense incrementaba el escepticismo de la sociedad sobre el funcionamiento de ese organismo integrado por auxiliares del Poder Judicial; que en varios casos, algunos particularmente relevantes, se dieron a publicidad cuestionamientos, desconfianzas y contradicciones de peritajes; que la labor de los peritos debe ser confiable; que se produce un deterioro moral en virtud de dictámenes falaces resultantes de presiones inducidas desde sectores políticos o económicamente influyentes; como así también se puso de resalto la negligencia en la realización de pericias con una irresponsabilidad que no se compadece con su trascendencia para el debido desarrollo de un proceso judicial.

La editorial no individualizaba a los integrantes del Cuerpo Médico Forense, aunque algunos de ellos —como los accionantes— sí lo fueron en las notas periodísticas que la precedieron. Por considerar que los artículos periodísticos lesionaban el derecho al honor, promovieron un juicio por indemnización de daños y perjuicios contra el periodista autor de ellas y la empresa editora del medio de prensa e incluyeron, respecto de esta última, el reproche por el contenido de la editorial.

La acción contra el periodista fue desestimada por aplicación de la doctrina "Campillay". En sus artículos había mencionado la fuente informativa de los hechos que citaba, sin hacer propias las manifestaciones complementarias provenientes de ella.

Pero no aconteció lo propio con la nota editorial. La sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil entendió que ella contenía un juicio de valor subjetivo y apresurado que desprestigiaba al Cuerpo Médico Forense y a los demandantes por formar parte de él, y haber sido mencionados en algunas de las notas periodísticas, lo que configuraba una conducta culposa que avalaba la condena.

La defensa planteada por La Nación, que requirió la aplicación de la doctrina de la real malicia, no fue aceptada. Los jueces sostuvieron que la editorial expresaba opiniones, críticas e ideas respecto de las cuales era inaplicable tal doctrina. Como ella impone la prueba de la falsedad por el demandante, tal condición sólo sería viable si se tratara de hechos pero no de opiniones. Dada su característica abstracta, no cabía determinar su veracidad o falsedad.

En la sentencia de la Corte Suprema, la mayoría, integrada por los jueces Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni y Argibay, consideró que la cuestión debía ser resuelta con aplicación de la doctrina de la real malicia. Otro tanto sostuvo el juez Petracchi.

A igual solución arribaron los jueces Highton de Nolasco y Maqueda, aunque con una particularidad. En primer término, el análisis del caso lo hicieron acudiendo a la doctrina "Campillay" y luego mediante las reglas de la real malicia.

En el caso "Patitó c. Diario La Nación", la Corte consideró que la editorial cuestionada emitía opiniones, en ejercicio del derecho de crítica, sobre el funcionamiento de un organismo público que integra el Poder Judicial. Tales opiniones no eran simples elucubraciones teóricas, sino que se basaban en una serie de hechos destacados en notas periodísticas emitidas con anterioridad, en constancias obrantes en una causa penal y en la decisión adoptada por la Corte Suprema con la auditoría dispuesta respecto del Cuerpo Médico Forense. La aplicación del estándar de la real malicia fue oportuno al permitir consolidar el derecho de crítica que ejercen los ciudadanos y los medios de prensa, particularmente en el marco de su política editorial, sobre el desarrollo institucional de la República.

El 16/11/2009, la Corte Suprema resolvió el caso "Brugo c. Lanata" (82), aplicando la doctrina de la real malicia. La mayoría, integrada por los jueces Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Eugenio Zaffaroni y Carmen Argibay, además de reiterar los argumentos expuestos en el caso "Patitó", destacó que las críticas e imputaciones efectuadas a un magistrado judicial encuadran en la investigación periodística sobre asuntos públicos que desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura y privaría a los ciudadanos de información imprescindible para juzgar a sus representantes.

Agregaron que el principio de la real malicia, a diferencia del test de la veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, porque entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no pudo ser acreditada, o son erróneas o incluso falsas. En la real malicia lo que se debate y prueba es el conocimiento que el periodista tuvo o debió tener de esa falsedad. Además el factor subjetivo de la real malicia no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser probado por el demandante.

Concluyeron sosteniendo que "en la medida que la jurisprudencia de esta Corte ha incorporado el principio de la real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión", el a quo "después de constatar que se trataba de un artículo crítico del comportamiento de un juez nacional en el desempeño de sus funciones, debió limitarse a verificarse si el actor había demostrado que el medio periodístico conocía o debió conocer —al obrar sin notoria despreocupación— la falsedad de la información que llevó a concluir" que había una presunción de enriquecimiento ilícito y cierto desapego por cumplir con las funciones judiciales.

246. Publicidad comercial

La publicidad comercial, en su relación con la libertad de prensa, consiste en la transmisión de expresiones —hechos u opiniones— que se traducen en ofertas públicas realizadas a través de los medios técnicos de comunicación social, con el propósito de concretar, de manera directa o indirecta, transacciones comerciales. La publicidad consiste en difundir, y el carácter comercial destaca la presencia de una invitación realizada para efectuar una transacción aunque no se trate, rigurosamente, de un acto de comercio definido por el art. 8° del Código de Comercio, en particular, o por el derecho mercantil, en general.

Cualquier mensaje emitido por los medios técnicos de comunicación social, con el objeto de promocionar un producto o un servicio de cualquier índole, queda englobado en la categoría de la publicidad comercial si, en última instancia, procura atraer el interés de las personas para inducirlos a concertar la adquisición de ese producto o la prestación del servicio.

Estas definiciones pueden resultar insatisfactorias o insuficientes. Algunas modalidades de la publicidad comercial pueden quedar excluidas de ellas y, en cierto modo, no resulta razonable dispensarle un tratamiento jurídico sustancialmente diferente al asignado a la publicidad no comercial. Sin embargo, lo cierto es que la publicidad comercial queda englobada en el concepto de la libertad de expresión, y cuando se materializa por vía de un medio técnico de comunicación social no existe razón jurídica o lógica valedera para excluirla del concepto abarcativo de la libertad de prensa. De modo que, quizás, lo más atinado consista en dejar librada su tipificación a los criterios esencialmente dinámicos del sentido común.

La extensión de los principios rectores de la libertad de prensa a la publicidad comercial fue afirmada en reiteradas oportunidades por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En "Bigelow v. Virginia" (83), declaró la inconstitucionalidad de una ley estadual que prohibía la publicación de avisos que facilitaran el acceso al aborto. La mayoría consideró que el aviso, cuya publicación había sido sancionada por violar dicha ley, transmitía una información de interés general y que, si bien la publicidad es susceptible de reglamentación, ella no queda excluida de la protección que dispensa la Enmienda I de la Constitución.

En "Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens" (84), descalificó a una ley que sancionaba a los farmacéuticos que publicitaran el precio o modalidad de pago de drogas cuya venta sólo podía ser efectuada bajo receta. La Suprema Corte destacó que ese tipo de información era válida al satisfacer la libertad de expresión de quien emite la publicidad y el derecho a su recepción por los destinatarios de aquella, sin que el carácter comercial del anuncio lo excluyera del régimen constitucional aplicable a la libertad de prensa. Máxime al considerar que la publicidad se ajustaba a datos ciertos y no inducía al engaño o error.

En "Bates v. State Bar of Arizona" (85), declaró la invalidez de una ley que prohibía a los abogados acudir a la publicidad para ofrecer sus servicios profesionales, anunciando los honorarios que percibían por las diversas tareas.

La publicidad comercial puede estar sujeta a regulaciones, siempre que ellas sean razonables en función de la necesidad de preservar el orden público, la moral pública y los legítimos derechos de las personas (art. 19, CN). Así, en el caso "Central Hudson Gas v. Public Service Commission of New York" (86), la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que la publicidad comercial estaba comprendida en la Enmienda I sobre libertad de prensa y dejó sin efecto la prohibición impuesta a una publicidad que promocionaba el uso de la electricidad por entender que era contraria a la política gubernamental para fomentar el uso racional de las fuentes energéticas.

Sin embargo, la Suprema Corte fijó cuatro reglas que debían ser analizadas en cada caso concreto para determinar la validez de las regulaciones:

- 1) El objeto y la forma de la publicidad deben ser lícitos.
- 2) La regulación legal debe responder a un interés sustancial del Estado.
- 3) La regulación debe estar directamente relacionada a ese interés específico.
- 4) La regulación no debe exceder los límites necesarios para tutelar aquel interés.

Estas reglas han sido aplicadas por el tribunal, para tutelar toda publicidad veraz y que no induzca a error.

Una interpretación flexible de estas reglas fue hecha por la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando declaró la invalidez de una norma de Rhode Island que vedaba la publicidad del precio de bebidas alcohólicas, especialmente en los medios de prensa. La Corte destacó que, desde la época colonial, la publicidad comercial fue vital para aportar información a los consumidores. Hasta cierto punto, los mensajes comerciales desempeñan un rol central en la vida pública en la medida que no sean falsos o distorsionen la realidad. Citando al juez Brandeis, destacó que el remedio aplicable es ampliar la comunicación y el mensaje comercial, y no forzar su restricción, a menos que exista una emergencia que lo justifique (87).

Asimismo consideró inválida la regla del Estado de Massachusetts que prohibía la publicación de productos de la industria tabacalera en las proximidades de campos de esparcimiento y establecimientos escolares. Estimó que si bien es razonable el interés del Estado en prevenir el consumo de tabaco, también es cierto que su producción y consumo no está vedado por la ley. Por otra parte, cuando el interés por la protección de los menores de edad colisiona con los derechos de los adultos, existe una presunción de invalidez respecto de las normas que restringen la publicidad comercial (88).

También descalificó la prohibición de producir, vender y publicar los productos medicinales que se elaboran en las farmacias sin contar con la previa autorización de las autoridades sanitarias. Al margen de los elevados costos que importan los trámites para obtener esa autorización, estimó que la elaboración de tales medicamentos con frecuencia responde a requerimientos formulados por los

médicos y que su escasa producción y difusión tornaba irrazonable la prohibición (89).

Generalmente, se consideran admisibles las regulaciones destinadas a sancionar la publicidad comercial desprovista de una razonable veracidad, la publicidad subliminal, la publicidad encubierta, y en definitiva toda aquella que contenga mensajes que desemboquen en la promoción o apología de actos ilícitos penales o civiles.

Otro tanto acontece con la denominada "publicidad comparativa" cuando ella individualiza al competidor sin razonabilidad y su consentimiento. Sin embargo, tanto en este último caso —donde se lesiona el derecho al nombre y a la propiedad de un tercero— como en los restantes, la regulación no puede desembocar en el extremo de disponer la censura y prohibir la publicidad. Solamente es viable la aplicación de sanciones por la lesión de un derecho, pero es inadmisibles imponer la censura vedada por el art. 14 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, en el caso "Quilmes c. Isenbeck", se avaló en cierto modo la censura. La Cámara Civil y Comercial Federal, sala 1ª, consideró que el hecho de haber sido emitida la publicidad comparativa no permite aseverar la existencia de censura si, con posterioridad, se prohíbe su difusión. Entendemos que hay censura tanto cuando se prohíbe emitir una publicidad todavía no difundida, como cuando se prohíbe proseguir con la difusión de una publicidad ya emitida. Ello no es óbice para que los jueces dispongan las compensaciones y penalidades correspondientes si esa publicidad es ilícita (90).

La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 7/2/2006.

En el caso específico de la publicidad comercial, resulta de suma utilidad para satisfacer el derecho a la información de los consumidores siempre, claro está, que se practique de manera lícita. Diversas entidades constituidas para la defensa de los derechos del consumidor realizan publicaciones en las que se comparan las calidades, características y precios de distintos productos comerciales —con individualización de su marca— con el propósito de facilitar la elección que realice el eventual adquirente. En este aspecto, desarrollan una importante función social aunque no efectúan propaganda alguna.

Pero la publicidad comparativa con fines de propaganda, es decir, para difundir el conocimiento sobre las presuntas bondades que tiene un producto respecto de otro, no es necesariamente ilícita. Es una manifestación lícita de la libertad de expresión cuando se realiza de buena fe, sin inducir al error, y cuando se hace una comparación objetiva y leal sin desacreditar el producto de la competencia. Asimismo, no debe configurar una forma velada para obtener provecho del prestigio que tiene la marca del competidor, al extender sus bondades al producto que se publicita.

Para los casos en que la publicidad comercial excede los límites que razonablemente prevé la ley, resultan aplicables las sanciones que establecen las leyes que regulan la lealtad comercial, la defensa del consumidor y el art. 159 del



Código Penal. Este último sanciona con pena de multa a quien dolosamente, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

Ese principio de razonabilidad fue debidamente considerado por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, cuando resolvió el caso "Editorial Amfin" (91).

Desde 1982, la empresa editora del diario Clarín dispuso otorgar bonificaciones de hasta el 15%, a los anunciantes que efectuaran su publicidad de manera exclusiva en ese matutino. Por aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, la autoridad administrativa ordenó el cese de tal conducta. Basó su decisión en que, por ser Clarín el diario que registraba mayor tirada, esa práctica restringía el acceso al mercado publicitario de sus competidores. Además, se privaba a los lectores de otros diarios de la posibilidad de conocer la publicidad de aquellos productos que habrían sido publicitados en ellos, si la editora del diario Clarín no hubiera implementado la medida cuestionada determinante de la absorción de dicha publicidad.

Los jueces Marcos Grabivker, Roberto Hornos y Carlos Pizzatelli revocaron la resolución apelada. Aceptaron que la conducta prohibida por la administración configuraba un comportamiento vinculado con la producción y el intercambio de bienes y servicios, pero que en modo alguno constituía una competencia desleal en perjuicio del interés económico general.

Señalaron acertadamente que "por lo general, un consumidor compra un periódico por el perfil de aquél o por el tipo de información que brinda y no por sus avisos publicitarios. Por lo tanto, la circunstancia de que un aviso publicitario salga en un periódico y no en otro —como consecuencia de esta política de descuentos por exclusividad— no va a significar, y no se ha acreditado lo contrario en autos, que el consumidor compre además de su periódico habitual, otro periódico más, para que le llegue el aviso que no se publica en su diario de compra habitual. En última instancia, si, eventualmente, el consumidor desea comprar otro periódico además del que habitualmente lee, como consecuencia de la modalidad en cuestión o por alguna otra motivación personal, no se acredita para aquél un perjuicio".

Si se acepta, tal como acontece en la actualidad, que la publicidad comercial integra el concepto de libertad de prensa, son extensibles a ella todas las cualidades que la Constitución Nacional prevé para esa libertad fundamental incluida, claro está, la prohibición de la censura previa.

De modo que si a través de su ejercicio se lesiona el derecho de propiedad, se incurre en fraude, se perturba el orden público, se lesiona la moral pública, o se afectan ilícitamente los derechos de un tercero, corresponderá aplicar las sanciones resarcitorias o punitivas de índole civil o penal que prevea la legislación, aunque no la censura.

(1) 521 U.S. 844.

(2) Sent. del 13/3/2002 (LA LEY, 2002-B, 489) y sent. del 29/8/2003 donde reiteró que el ejercicio de la libertad de expresión a través de la internet está protegido por los arts. 14 de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(3) Fallos CS 315:1492, 321:885 y 2314.

(4) Fallos CS 1:131.

(5) Fallos CS 1:299.

(6) Fallos CS 1:345.

(7) Fallos CS 159:323; 170:253; 177:137; 183:49.

(8) Fallos CS 278:73.

(9) Fallos CS 312:1114.

(10) Es el caso "New York Times Co. v. Sullivan" (376 U.S. 254).

(11) "New York Times v. United States" y "United States v. Washington", 403 U.S. 713 de 1971.

(12) 403 US 713.

(13) "Sheppard v. Maxwell" (384 US 33); "Nebraska Press v. Stuart" (427 US 539).

(14) "Meeropol v. Nizer" (381 F. 29).

(15) "Cox Broadcasting v. Cohn" (420 US 469); "Florida Star v. B.J.F." (491 US 524).

(16) "Oklahoma Publishing v. District Court" (430 US 308).

(17) "Butterworth v. Smith" (494 US 624).

(18) "Nebraska Press v. Stuart" (427 US 539).

(19) Fallos CS 330:3908 del 5/9/2007.

(20) Su tiraje promedio diario oscila en los 32.000 ejemplares.

(21) Fallos CS 328:2740.

(22) Fallos CS 240:223.

(23) Fallos CS 167:121.

(24) Caso "Verbisky", Fallos CS 312:916; LA LEY, 1989-D, 185.

(25) Caso "Servini de Cubría", Fallos CS 315:1943.

(26) LA LEY 1999-E, 624.

(27) Sent. del 25/3/1993, del juez nacional en lo Civil Federico Quinteros.

(28) Caso "Servini de Cubría", Fallos 315:1943.

(29) 343 U.S. 495.

(30) Caso "Asociación Cristo Sacerdote c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 27/12/2004 resuelto por la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, sala 1ª (LA LEY, 2005-C, 707).

(31) Fallos CS 328:1825.

(32) Fallos CS 316:1768.

(33) Fallos C.S.315:1492.

(34) Fallos CS 310:508 y 311:2453 (LA LEY, 1987-B, 269).

(35) Fallos CS 315:1492; LA LEY, 1992-C, 543; DJ, 1992-2, 296.

(36) 395 U.S. 367 de 1969.

(37) 418 U.S. 241 de 1974.

(38) "United States v. Nixon", 418 U.S. 683.

(39) LA LEY, 1990-E, 43; DJ, 1991-1, 256.

(40) JA, 4/9/1991.

(41) LA LEY, 1996-C, 637.

(42) Caso "Raña", LA LEY, 1999-D, 694.

(43) Sent. del 4/9/1997.

(44) LA LEY, 2002-F, 732 (caso "Catan").

(45) Caso "Hugo Pinto s/desestimación", del 23/2/2009, publicado en LA LEY el 16/4/2009.

(46) ED 145-534.

(47) Fallos CS 316:1768.

(48) Fallos CS 316:2845.

(49) Juicio "C. C. c. Municipalidad de S. M. de Tucumán s/inconstitucionalidad", Expte. 37.114.

(50) Fallos CS 320:162.

(51) Fallos CS 293:50.

(52) Fallos CS 310:1715; LA LEY, 1987-D, 592.

(53) ED, 4/10/2005.

(54) Fallos CS 320:1022; 322:2750.

(55) LA LEY 1994-C, 196.

(56) Fallos CS 308:789; LA LEY, 1986-C, 411; DJ, 1986-2-242.

(57) Fallos CS 316:2417; LA LEY, 1994-A, 246; DJ, 1994-1-631.

(58) Fallos CS 316:2394; LA LEY, 1994-A, 239; DJ, 1994-1-627.

(59) Caso "Barreiro", Fallos C.S.326:4123.

(60) Caso "R., D. E. c. Editorial La Página" resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 26/8/2004; LA LEY, 16/9/2004.

(61) Casos "Acuña" (Fallos CS 319:2965); "Bruno" (Fallos CS 324:2419) "Martínez Vergara", resuelto el 19/2/2008.

(62) 376 U.S. 255 de 1964.

(63) 390 U.S. 727 de 1968.

(64) "Beckley Newspapers vs. Hanks" (389 U.S. 81 de 1967).

(65) 383 U.S. 75 de 1966.

(66) "Garrison vs. Louisiana" (379 U.S. 64 de 1964).

(67) 388 U.S. 130 de 1967.

(68) 403 U.S. 29 de 1971.

(69) 485 U.S. 46 de 1988.

(70) "Milkovich v. Lorain Journal" (497 U.S. 1 de 1990).

(71) "Masson v. New Yorker Magazine" (501 U.S. 496 de 1991).

(72) LA LEY, 1990-D, 191.

(73) Fallos CS 314:1517; LA LEY, 1992-B, 367; DJ, 1992-2-89.

(74) Fallos CS 319:2741; LA LEY, 1996-E, 328; DJ, 1996-2-1232.

(75) Fallos CS 319:3428; LA LEY, 1998-B, 299; DJ, 1998-1-643.

(76) Fallos CS 320:1273 del 1/7/1997; LA LEY, 1997-E, 636.

(77) Caso "Roviralta", Fallos CS 326:385.

(78) Caso "Baquero Lazcano", Fallos CS 326:4136.

(79) Sent. del 22/12/2003 en el caso "Spinosa Melo c. Mitre", LA LEY, 2004-C, 567.

(80) Fallos CS 329:3775.

(81) Sent. del 24/6/2008, Fallos 331:1530, LA LEY 2008-E, 320; Fallos CS 331:1530.

(82) LA LEY, 14/12/2009.

(83) 421 US 809 de 1975.

- (84) 425 US 748 de 1976.  
(85) 433 US 350 de 1977.  
(86) 447 US 557 de 1980.  
(87) "Liquormart v. Rhode Island", 517 US 484 de 1996.  
(88) "Lorillard Tobacco v. Reilly", 533 US 525 de 2001.  
(89) "Thompson v. Western States Medical Center", 535 US 357 de 2002.  
(90) Sent. del 19/5/2005; ED, 19/9/2005; RCyS, 2005-VIII-31.  
(91) LA LEY, 1999-D, 342.

## CAPÍTULO IX

### Las libertades patrimoniales

#### SUMARIO

247. Libertad de propiedad.  
248. Antecedentes constitucionales y convenciones internacionales.  
249. Concepto constitucional.  
250. Propiedad intelectual.  
251. Propiedad industrial y comercial.  
252. Límites de la propiedad.  
253. Emergencia económica y derecho de propiedad.  
254. Expropiación.  
255. Competencia para expropiar.  
256. Utilidad pública.  
257. Calificación legal.  
258. Indemnización previa.  
259. Retrocesión.  
260. Ocupación temporánea.  
261. Requisición.  
262. Decomiso.  
263. Servicios personales.  
264. Confiscación.  
265. Ley de Abastecimiento.  
266. Libertad económica.  
267. Defensa de la competencia.  
247. Libertad de propiedad

La libertad de propiedad, como cada una de las especies del género libertad, constituye uno de los atributos más importantes del hombre, que le permite satisfacer una amplísima gama de necesidades, tanto de índole material como espiritual, de carácter individual o social. Desprovisto de ese atributo por obra de la ley positiva, el hombre tendrá sumamente restringido su campo de desarrollo y creatividad, lo que genera un grave perjuicio para la sociedad en orden a su progreso y bienestar.

La fuente fundamental de la propiedad privada es el trabajo. Locke destacaba que "siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la Naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo; y por ello, la ha convertido en propiedad suya".

En igual sentido, Alberdi escribía que "La libertad de usar y disponer de su propiedad es un complemento de la libertad de trabajo y del derecho de propiedad; garantía adicional de grande utilidad contra la tendencia de la economía socialista de esta época, que, con pretexto de organizar esos derechos, pretende restringir el uso y disponibilidad de la propiedad —cuando no niega el derecho que ésta tiene de existir—, y nivelar el trabajo del imbecil con el trabajo del genio".

Asignando igual origen al derecho de propiedad privada, Joaquín V. González destacaba que ella es "objeto y fin del trabajo del hombre y como atributo de la personalidad. Por consiguiente, ella es anterior a la Constitución, coexistente con la sociedad, y la Constitución no ha hecho más que reconocerla, y como al individuo mismo, rodearla de las más firmes garantías".

Se trata, esencialmente, de una libertad individual, cuyo origen no reside en la ley humana, sino en la propia naturaleza del hombre, que lo impulsa a ubicar bajo su ámbito de acción y voluntad el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Esa libertad natural se traduce jurídicamente en el derecho a la propiedad privada sobre los bienes de uso y producción, que es reconocida por la ley positiva como causa y objeto de la actividad laboral y productiva del hombre, encaminada a satisfacer sus necesidades individuales y las necesidades sociales de los grupos humanos en los cuales se desarrolla su existencia.

Como toda libertad, la libertad de propiedad es inviolable, pero no absoluta en el marco de la convivencia social. Un Estado personalista, cuya finalidad única reside en concretar la plena vigencia de la libertad y dignidad del hombre, reconoce jurídicamente la propiedad privada y la reviste con las garantías necesarias para que su ejercicio sea amplio, posible y efectivo. Pero, como no se trata de una libertad absoluta, el Estado tiene el deber de armonizar su ejercicio con las restantes libertades que la ley reconoce a todos los individuos y grupos sociales, aunque sin caer en el extremo de desconocer su inviolabilidad mediante restricciones y reglamentos que conduzcan, en definitiva, a su negación o desnaturalización.

Semejante concepción, avalada por la experiencia histórica, revela que, cuando mayores son las restricciones a la propiedad privada desprovistas de una causa razonable proveniente del bien común, menor es la fortaleza de las libertades humanas; se resiente la capacidad productiva generadora de riquezas; se paraliza el desarrollo de las ciencias; y, todo ello, como consecuencia de la atrofia de uno de los acicates fundamentales del trabajo individual.

Las fuentes de la propiedad privada son, básicamente, dos. Una de ellas es el trabajo, físico o intelectual, mediante el cual se crean los valores que conforman el patrimonio de una persona o los instrumentos que determinan su producción. La segunda está conformada por esos valores patrimoniales que se traducen en un capital que, al ser afectado a labores productivas de bienes, genera un rédito que se incorpora al patrimonio. Tanto la creación directa de bienes, como la afectación de los ahorros para contribuir a la labor creativa de un tercero son fuentes de la propiedad privada.

La propiedad privada es un acicate y un premio para la actividad socialmente útil del hombre, que le otorga seguridad y protección para remediar sus necesidades materiales más diversas y para facilitar el logro de muchas aspiraciones espirituales. Pero ello no solamente en el ámbito individual, sino también, de manera indirecta, en el ámbito social, en procura de colmar los requerimientos provenientes del interés general o bien común. Es que inevitablemente, a corto, mediano o largo plazo, el ejercicio individual de la libertad de propiedad, conforme a las leyes naturales que regulan la existencia del hombre, siempre concluye satisfaciendo el bien común y determinando el progreso material y espiritual de los pueblos.

Si bien la propiedad privada eleva la condición humana y le imprime mayor independencia a su vida, pocas instituciones han sido objeto de tan enconados ataques por parte de ciertas doctrinas políticas transpersonalistas, sobre todo en el curso del siglo actual, donde la consecuencia práctica de tales concepciones ha sido la degradación moral y la privación del bienestar legítimo para aquellas sociedades en las cuales fue desconocida o desnaturalizada la propiedad individual.

En sustitución de la propiedad individual, fue concebida la propiedad social, para advertir, al cabo de los años, que la propiedad colectiva producía mayores perjuicios que el abuso de la propiedad individual, y sumergía a las sociedades en la miseria y en el más angustioso atraso frente a los adelantos materiales que se operaban en las sociedades personalistas.

Frente a esa realidad, y como alternativa, surgió la concepción de la propiedad como función social. No se sustituía al titular del derecho de propiedad, pero se le imponía una serie de obligaciones operativas que, en definitiva, transformaban al propietario en un agente del Estado. Esta concepción, debido a su carácter dogmático, además de someter la libertad de propiedad al paternalismo estatal, privándola de toda seguridad jurídica, reprime la fuerza creadora y progresista del individualismo.

El propósito de incrementar la igualdad en el uso y goce de los bienes materiales fue realizado mediante el sacrificio del proceso de creación y acumulación de riquezas, sin percibir que el agotamiento de estas últimas torna ilusoria y demagógica toda distribución equitativa.

Tampoco se advirtió que la vigencia de la propiedad privada, con toda su fuerza positiva para el progreso social, genera una ineludible desigualdad que se basa sobre la aptitud individual y no sobre arbitrarias y caprichosas prerrogativas. Pero

esa desigualdad es, precisamente, consecuencia del libre desarrollo que acarrea el dinamismo social y la satisfacción de amplias necesidades materiales para toda la población.

Con referencia a los equívocos que producen las posturas dogmáticas extremas, Linares Quintana destaca que, así como una visión de los derechos humanos deformada a través del prisma del más crudo egoísmo pudo llevar a algunas mentes a la idea de un derecho de propiedad absoluto e ilimitado como nunca existió en la realidad, también únicamente como resultado de otro estrabismo pueden explicarse algunas concepciones que colocan tan fundamental derecho a merced del arbitrio estatal, en virtud de lo cual se da plena razón a la sabrosa afirmación de Alberdi, de que el ladrón privado es el más débil de los enemigos que la propiedad reconozca, pues ella puede ser atacada por el Estado en nombre de la utilidad pública.

A tales propósitos respondieron, entre otros, los arts. 14, 19, 20, 28 y 75, inc. 18, de la Constitución. La apertura a una inmigración productiva y la cláusula del progreso ofrecieron una amplia protección a la creatividad, vida y patrimonio de nacionales y extranjeros. Permitieron, en la segunda mitad del siglo XIX, poblar amplias zonas deshabitadas del país y generaron importantes inversiones de capital y trabajo que coadyuvaron a un crecimiento inusual, por su celeridad e intensidad, en el seno de las naciones consolidadas en esa época. Tal resultado se concretó al margen de toda concepción que presentara a la propiedad privada como una función social o, en su variante extrema, como una propiedad colectiva incompatible con la visión de los derechos individuales.

Si bien la propiedad no es una función social, resulta evidente que ella tiene una finalidad social, al igual que todas las libertades del hombre ejercidas en el curso de la convivencia social. Las libertades naturales del hombre, cuando éste convive con sus semejantes, quedan sujetas a diversas limitaciones establecidas en salvaguarda de los derechos de los demás con el propósito de armonizarlos y de permitir la concreción de los fines personalistas de la sociedad. Esas limitaciones también son aplicables al derecho de propiedad, sin necesidad de acudir a elucubraciones teóricas y antinaturales que le imprimen una tipificación diferente a la de las restantes especies de la libertad.

Las condenas a la propiedad privada permanecen basadas en concepciones estancadas en el tiempo, que no perciben los cambios producidos por el dinamismo social y las profundas transformaciones operadas en los procesos productivos. Es que no se produjo la concentración en los medios de producción, tal como lo auguraron algunos teóricos que, por cierto y en la práctica, carecieron de la inteligencia elemental para forjar nuevas fuentes de trabajo y creatividad de bienes. Por el contrario, asistimos a una desconcentración de ellos en orden a su titularidad, y sí a una concentración, pero limitada a la administración de la propiedad privada perteneciente a terceros.

Los grandes emprendimientos económicos, que compiten intensamente entre ellos en todo el mundo, no tienen fronteras ni nacionalidad, con excepción de aquellos

que son propiedad de un Estado. Sus titulares, respecto de la propiedad, son millones de individuos que, al margen de proseguir realizando sus trabajos materiales o intelectuales con los cuales cubren sus necesidades primarias, procuran acudir al ahorro mediante afectación de porciones de su propiedad privada para participar, directa o indirectamente, en emprendimientos que, peyorativamente, se han dado en llamar multinacionales cuando, en rigor, son una consecuencia del proceso de globalización o integración que se opera firmemente en el siglo XXI.

#### 248. Antecedentes constitucionales y convenciones internacionales

En todos los antecedentes constitucionales argentinos, encontramos diversas referencias al derecho de propiedad privada. En ellos se resalta su importancia individual y social, así como también el deber ineludible de tutelarla con garantías eficientes.

El Estatuto Provisional de 1815 definía el derecho de propiedad de las personas como "el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos" (art. 2º, cap. I, sec. I), y así rescataba su estrecha relación con la actividad generadora de recursos.

La Constitución de 1819 establecía que "siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los miembros del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades sin el consentimiento del cuerpo legislativo, o por un juicio conforme a las leyes" (art. 123).

De igual manera, la Constitución de 1826 disponía que, "siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, los habitantes del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades, sino en los casos establecidos por la ley" (art. 175). Agregaba que, "cuando el interés del Estado exija que la propiedad de algún individuo particular sea destinada a usos públicos bajo las formalidades de la ley, el propietario recibirá por ella una justa compensación" (art. 176).

Sobre la base de tales antecedentes, en el proyecto de Alberdi que inspiró la redacción del art. 17 de la Ley Fundamental se establecía: "La propiedad es inviolable. Nadie puede ser privado de ella sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone contribuciones. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o descubrimiento. La confiscación y el decomiso de bienes son abolidos para siempre. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios. Ningún particular puede ser obligado a dar alojamiento en su casa a un militar" (art. 18).

El art. 14 reconoce a todos los habitantes del país el derecho de usar y disponer de su propiedad conforme a las leyes reglamentarias. Reglamentación que, según el art. 28, no puede llegar al extremo de alterar, desconocer o desvirtuar el derecho. Similar potestad le es reconocida a los extranjeros por el art. 20 que, además y de manera expresa, los faculta para poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos.

También, el art. 29, al vedar categóricamente la concentración del poder público en el órgano ejecutivo, prevé la hipótesis, por cierto nefasta, de que la vida, el honor o las fortunas de las personas queden a merced de un gobierno o individuo.

El hecho de que nuestros constituyentes, con tanto esmero, procuraran resguardar el derecho de propiedad privada y con mayor intensidad a la que resulta del texto de la Constitución de los Estados Unidos obedeció a las innumerables y aberrantes violaciones que había padecido. En cambio, en el país del norte, y desde que se consolidó su comunidad nacional, el derecho de propiedad privada fue considerado como un atributo básico y presupuesto de la libertad de los individuos que el Estado debe tutelar para el progreso y desarrollo de la sociedad. Es así que, en su parte final, la Enmienda V se limita a establecer que ninguna persona "se verá privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; tampoco se tomará la propiedad privada para destinarla al uso público sin la debida compensación".

El reconocimiento de esta libertad con amplitud de criterio también aparece expuesto en varios documentos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad" (art. 17).

#### 249. Concepto constitucional

El derecho de propiedad aparece expuesto, fundamentalmente, en el art. 17 de la Constitución.

Ese reconocimiento genérico del derecho de propiedad está complementado por el art. 14 de la Constitución, que reconoce a todos los habitantes del país la potestad de usar y disponer de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Cláusula similar, respecto de los extranjeros, la encontramos en su art. 20.

El concepto constitucional de la propiedad difiere, y es mucho más amplio, que el concepto recogido por la legislación civil.

Incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que pueda poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles. Incluye todos los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción. Es la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que constituyen el patrimonio de una persona.

Ese concepto del derecho de propiedad, que resulta de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia, abarca todo valor reconocido por la ley, cuyo origen puede resultar de las relaciones de derecho privado, como también de actos administrativos, y siempre que "su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo" (1) . Es

todo aquello de lo cual puede disponer su titular, incluyendo su uso y los contratos que celebre (2) , así como también "los derechos adquiridos, o sea, los derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona" (3) .

También integran el concepto de propiedad constitucional la propiedad intelectual, industrial y comercial a que hace referencia el art. 17, cuando dispone que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley.

Se tratan de dos especies del género propiedad. La propiedad intelectual, propiamente dicha, se asigna a los autores de obras científicas literarias o artísticas que se pueden manifestar a través de diversos canales en cuanto a su ejercicio. Son fruto de la inteligencia humana, producto del trabajo del creador de la obra.

La segunda de tales especies es la propiedad industrial y comercial que recae sobre los inventos, descubrimientos, marcas de fábrica o de industria, dibujos y modelos industriales. Si bien presenta un aspecto económico más definido que la propiedad intelectual, también es obra del trabajo y la inteligencia humana de su autor y configura un derecho de propiedad privada que está amparado por la Constitución.

#### 250. Propiedad intelectual

La propiedad intelectual es el derecho de propiedad reconocido al autor de una obra científica, literaria o artística para disponer, usar y comercializar libremente de ella. Abarca, a título de ejemplo, las obras literarias, los programas de computación, las composiciones musicales y cinematográficas, las obras de dibujo o pintura, las esculturas, las obras de arte y arquitectura, los impresos y planos o mapas, las fotografías, los grabados, los fonogramas.

La ley 11.723 que reglamenta la propiedad intelectual, establece que comprende toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La propiedad intelectual puede ser objeto de los mismos actos jurídicos que la propiedad material, aunque con una diferencia sustancial. La transferencia de la propiedad intelectual no comprende, salvo cláusula expresa en contrario o autorización normativa, el derecho moral sobre la obra. La transferencia de una obra pictórica no autoriza al adquirente a destruirla o modificarla materialmente, ni tampoco para comercializar su uso, porque se estará vulnerando el derecho moral del autor, que es inalienable e imprescriptible (4) . Otro tanto acontece con las fotografías, las grabaciones, los textos de las obras literarias o artísticas. En todos estos casos, el adquirente material de la obra deberá indemnizar el daño moral ocasionado al autor.

La Constitución establece que la propiedad intelectual del autor sobre su obra, o de sus herederos, se extiende por el lapso que determina la ley. Esto significa que el legislador puede establecer un plazo para el ejercicio exclusivo de este tipo de propiedad, pero ese lapso debe ser razonable y proporcional al esfuerzo creativo del autor.

Sin perjuicio de la cláusula contenida en el art. 17 de la Ley Fundamental, consideramos que no existen reparos constitucionales para que la ley equipare su término a la perpetuidad de la propiedad común que recae sobre los objetos materiales. Asimismo, si la obra intelectual se materializa en un objeto material, el derecho del propietario sobre este último será perpetuo. Quien adquiere una obra pictórica, un libro, una obra de arte, una fotografía, tiene un derecho de propiedad ilimitado en el tiempo, aunque el derecho moral de su autor originario pueda estar sujeto a una limitación temporal.

La limitación temporal del derecho de propiedad intelectual es un tema controvertido. Para propiciar su perpetuidad se destaca que la propiedad intelectual es la más importante de las creaciones del intelecto humano que debe ser preservada dada su originalidad. Asimismo, la perpetuidad fomenta el respeto a los derechos de sus creadores y la producción de nuevas obras de igual naturaleza. Para justificar su naturaleza temporal se expresa que la perpetuidad puede trabar la circulación de las obras de arte y afectar la cultura de la sociedad, al tiempo que la perpetuidad beneficia a los herederos del autor que no participaron en la creación de la obra. Como toda obra de arte, sería fruto de la inserción del autor en las vivencias y experiencias de una comunidad y así resultaría justo que, en algún momento, esa obra generara beneficios exclusivos para esa comunidad.

La ley 11.723 establece que ella es aplicable a las obras científicas, literarias, artísticas y a escritos de toda naturaleza y extensión, con inclusión de los programas de computación. Abarca las obras dramáticas, composiciones musicales, cinematográficas, coreográficas, pantomímicas, obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o industria, los impresos, planos, mapas, fotografías, grabados, fonogramas, y toda producción científica, literaria, artística o didáctica, cualquiera sea el procedimiento de reproducción.

El derecho de propiedad intelectual comprende para su autor la potestad de disponer de ella, de publicarla, ejecutarla, representarla y exponerla en público, enajenarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducción en cualquier forma.

Los titulares del derecho de propiedad intelectual son: el autor de la obra; sus herederos o derechohabientes; quienes con autorización del autor la traducen, adaptan, modifican o transportan sobre una nueva obra intelectual resultante; las personas físicas o jurídicas, salvo estipulación en contrario, cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación lo producen en el desempeño de sus funciones laborales.

La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde al autor de por vida y, a partir del 1º de enero del año siguiente a su fallecimiento, pertenece a sus herederos o derechohabientes por el lapso de setenta años. Igual solución es aplicable para las obras póstumas. En cambio, cuando se trata de obras en

colaboración, el plazo de setenta años transcurre desde el 1º de enero del año siguiente al del fallecimiento del último colaborador.

Para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de veinte años a partir de la fecha de su primera publicación. En el caso de obras cinematográficas, la extensión del derecho es de cincuenta años a partir de la muerte del último colaborador. Son tales el autor del argumento, el productor y el director de la obra.

El retrato fotográfico de una persona no puede ser comercializado sin su consentimiento o, en su caso, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento con resarcimiento de los daños y perjuicios. Pero la publicación del retrato es libre si se relaciona con fines científicos, didácticos, culturales o con hechos de interés público que se hubieran desarrollado en público.

Transcurridos veinte años desde la muerte de la persona retratada, la publicación no requiere de la autorización citada.

Las obras que conforman la propiedad intelectual deben ser inscriptas en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual. La falta de inscripción acarrea la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la realice. Las reproducciones efectuadas por terceros hasta el momento de la inscripción son válidas, siempre que no se incurra en plagio.

Vencidos los plazos legales, o de no tener el autor herederos o derechohabientes, los derechos que le correspondían pasarán al Estado por todo el plazo legal. Asimismo, cuando cesa el dominio privado, las obras pasan a formar parte del dominio público y pueden ser usadas por cualquier persona sin necesidad de autorización previa. Pero el dominio público no es gratuito sino pagante. Quien hace uso de la obra debe pagar un gravamen que sustituye el derecho del autor y que, generalmente, se destina al fomento de las artes. No compartimos esta solución, por considerar que el dominio público debe ser esencialmente gratuito, sin generar derecho alguno en beneficio del Estado y aunque se asigne un destino razonable a ellos.

La ley 11.723 tipifica el delito de plagio como una especie del delito de defraudación previsto en el art. 172 del Código Penal. Su finalidad es proteger el derecho de propiedad intelectual al margen de los resarcimientos de índole económica que se puedan obtener por los daños y perjuicios que acarrea semejante fraude.

No hay plagio cuando se publiquen con fines didácticos o científicos comentarios, críticas o notas referentes a obras intelectuales, sin autorización del titular, hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las obras musicales (art. 10).

La ley autoriza la transferencia gratuita u onerosa de la propiedad intelectual. Pero, en resguardo del derecho moral del autor, se deberá respetar la fidelidad del

texto, título y nombre del autor. Por otra parte, la venta de una obra pictórica, de una escultura o fotografía, salvo que se acuerde lo contrario, no autoriza al comprador para reproducirla.

El reconocimiento de la propiedad intelectual plantea, en algunas ocasiones, conflictos de compleja resolución. El art. 56 de la ley 11.723 otorga a los intérpretes de obras literarias o musicales el derecho a exigir una retribución cuando ellas son difundidas o retransmitidas mediante la radiotelefonía, la televisión o por cualquier otro medio. A falta de acuerdo con la contraparte, el juez fijará el monto de aquélla en un proceso sumario.

Sin embargo, las normas reglamentarias emitidas por el órgano ejecutivo determinan el monto de tales retribuciones y facultan a entidades privadas de carácter gremial para su percepción. Las retribuciones deben ser pagadas por los emisores cuando se trata de una transmisión pública. Norma aplicable en todo establecimiento donde se concreta esa transmisión, como son hoteles, confiterías y todo tipo de ámbitos en que se opere esa difusión pública.

El 15/9/2005 (5) en fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se resolvió que la comunicación al público de grabaciones fonográficas que se difunden dentro de las habitaciones de un hotel no está comprendida en la excepción prevista para los domicilios familiares a efectos de la exención del pago de aranceles.

Nuestra opinión no coincide con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien, sobre la base de los dictámenes emitidos por la Procuración General de la Nación, destacó que corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el reclamo de aranceles derivados de la propalación en las habitaciones de un hotel de grabaciones fonográficas, por entender que la empresa obligada al pago es la que difunde la música funcional, porque tratándose de dos actividades que comportan explotaciones del repertorio musical, no hay una doble imposición sino dos imposiciones independientes generadas por dos aprovechamientos distintos (6).

También entendió que la habitación de un hotel ocupada por un huésped no constituye un ámbito familiar o doméstico debido al carácter restrictivo que corresponde asignar a las exenciones referentes al estipendio que corresponde a los titulares de la propiedad intelectual. La propalación de música en las habitaciones de un hotel, ya sea por radio, circuito cerrado o televisión, está sujeta a los emolumentos impuestos en beneficio del titular del derecho de propiedad (7).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, tiene resuelto que no se vulnera el derecho a la intimidad ni los derechos intelectuales sobre la propia imagen por la incorporación del retrato de un músico argentino en las tarjetas de una compañía telefónica para efectuar llamadas desde el exterior. Ello es así porque el art. 31 de la ley 11.723 autoriza la libre publicación de retratos cuando se tenga por finalidad difundir la cultura argentina. En el caso, se entendió que no

era necesario requerir el consentimiento de los herederos del músico para publicar su dibujo en las tarjetas telefónicas internacionales (8).

La posibilidad de vulnerar la propiedad intelectual fue admitida con motivo de la emisión de programas de televisión sujetos a comparaciones realizadas con otros programas de archivo, aunque, en el caso concreto, se entendió que no se había incurrido en el delito de plagio porque la determinación de la originalidad de una obra se debe realizar sobre la totalidad de su contenido y no sobre algunos de sus elementos (9).

#### 251. Propiedad industrial y comercial

La propiedad industrial y comercial, reconocida expresamente en el art. 17 de la Constitución, se extiende sobre las marcas y designaciones, así como también sobre las patentes de invención y modelos de utilidad. Se trata de una especie de la propiedad intelectual que, debido a su estrecha relación con la actividad económica, ha sido regulada al margen de la ley 11.723. Esa relación en modo alguno significa que la propiedad industrial y comercial merezca una tutela más leve que la dispensada a la propiedad intelectual regulada en la ley 11.723 pues, en esta última, también tienen clara incidencia y manifestación aspectos de carácter comercial.

La regulación legal de las marcas y designaciones tiene por objeto tutelar la propiedad del autor e, implícitamente, la seguridad del consumidor al permitirle relacionar un producto o una actividad generadora de productos con la calidad resultante.

La ley 22.362 de Marcas y Designaciones establece que se pueden registrar como marcas, para distinguir productos y servicios, palabras, dibujos, emblemas, monogramas, grabados, sellos, imágenes, bandas, combinaciones de colores, envoltorios, envases, combinaciones de letras y números, frases publicitarias y todo signo con capacidad distintiva.

La amplitud de la norma está limitada por aquellos elementos que no se consideran marcas y aquellos que son marcas pero no son registrables.

No son marcas los nombres o palabras utilizadas habitualmente para distinguir un producto o servicio; los nombres, palabras, signos y frases publicitarias que están sujetas al uso general; el color natural de los productos o un solo color para su individualización.

No son registrables las marcas ya registradas o solicitadas con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios; las marcas similares ya registradas; las denominaciones de origen nacional o extranjero referentes a un país, región o área geográfica que sirven para designar un producto originario de tales lugares y cuyas características se deben exclusivamente a ellos; las marcas que sean susceptibles de inducir al error en cualquiera de sus aspectos; las marcas cuya conformación sea contraria a la moral y buenas costumbres; las letras, palabras, distintivos, símbolos que usen la Nación, las provincias, los municipios, las



organizaciones religiosas o sanitarias, las naciones extranjeras y los organismos internacionales reconocidos por el gobierno nacional; el nombre o seudónimo de una persona sin su consentimiento; las frases publicitarias carentes de originalidad.

La propiedad de una marca y el derecho a su uso exclusivo se obtienen con su registro en el organismo que regula la ley. Cuando se presentan varias peticiones para el registro de una marca, se otorga preferencia a la fecha de ella en función de su prelación.

La propiedad sobre una marca registrada se extiende por el plazo de diez años. Ella puede ser renovada indefinidamente por períodos iguales dentro de los cinco años previos al vencimiento y siempre que hubiera sido utilizada en la comercialización de un producto, la prestación de un servicio o para designar una actividad. La marca puede ser válidamente transferida, en cuyo caso la transferencia debe ser inscripta en el organismo que contempla la ley. Asimismo, la cesión o la venta de un fondo de comercio comprenden su marca, salvo convenio en contrario.

Con referencia a las designaciones, la ley dispone que el nombre o signo mediante el cual se designa una actividad constituye una propiedad, aunque esa actividad no tenga fines de lucro. La propiedad de las designaciones se adquiere con su uso y sólo con relación al ramo en que se utiliza. Quien considera que el uso del nombre o signo lesiona sus derechos puede oponerse a ello dentro del plazo de un año desde que se inició ese uso o desde que el accionante tuvo conocimiento de ello.

La propiedad sobre el nombre o signo no tiene un plazo determinado. Se extingue cuando cesa la actividad designada.

La ley 24.481, modificada por la ley 24.572, regula las patentes de invención y los modelos de utilidad.

La propiedad sobre un invento se obtiene con el otorgamiento de una patente de invención y un certificado de modelo de utilidad.

Son patentables las invenciones de productos o procedimientos siempre que sean novedosos, fruto de la creatividad y susceptibles de aplicación industrial. La ley dispone que se considera invención toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por las personas.

No se consideran invenciones las teorías científicas, los métodos matemáticos, los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables a los seres humanos y animales, la mezcla de productos conocidos a menos que generen un producto diferente para obtener un resultado industrial novedoso, los derechos intelectuales de la ley 11.723 y las marcas o designaciones reguladas por la ley 22.362.

No son patentables los inventos cuya explotación en el territorio del país pueda lesionar el orden público, la moralidad, la salud, la vida o el medio ambiente. Tampoco el material biológico y genético natural o su réplica, en los procesos biológicos de la reproducción humana, animal o vegetal.

El derecho de propiedad sobre el invento pertenece a su autor o sus causahabientes. Se concede por el lapso de veinte años desde la fecha de presentación de la solicitud de patente, término que es improrrogable. Transcurridos tres años desde la concesión de la patente, o cuatro desde la presentación de su solicitud, ella caduca si la invención no fue objeto de explotación, si no se realizaron los preparativos necesarios para su explotación o si la explotación es interrumpida durante más de un año. En tal caso, cualquier persona puede solicitar la autorización para usar la invención.

La razonable protección que se otorga mediante las patentes de invención y los certificados de modelos de utilidad tiene por objeto fomentar la creatividad y explotación industrial en diversas áreas relacionadas con el progreso, el bienestar y la salud de la población. Sin embargo, las interferencias que puedan resultar de la actuación de los organismos estatales de aplicación de las normas legales deben ser objeto de un cuidadoso análisis en orden a su validez. Con frecuencia, el desarrollo de un invento y su consecuente patentamiento está precedido por intensas investigaciones realizadas por emprendimientos particulares a lo largo de varios años y que insumen importantes inversiones a riesgo de quienes las practican que el Estado no puede afrontar. Son fruto, muchas veces, de una labor interdisciplinaria compleja que no siempre trae aparejados los resultados que, razonablemente, se esperaba obtener.

## 252. Límites de la propiedad

El art. 17 de la Constitución establece que la propiedad es inviolable. Esto significa que la titularidad del derecho de propiedad no puede ser vulnerada, sino en virtud de una sentencia fundada en ley o por un acto expropiatorio fundado sobre una causa de utilidad pública calificada por ley y previamente indemnizada.

La inviolabilidad, referida a la titularidad del derecho, solamente puede ser alterada bajo las condiciones que establece expresamente la Constitución. En cambio, la inviolabilidad referida al ejercicio del derecho de propiedad puede ser razonablemente restringida por el legislador, ya que el art. 14 de la Constitución establece que el uso y la disposición de la propiedad es un derecho del cual gozan todos los habitantes del país conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Como la propiedad no es una libertad absoluta, su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas en restricciones que tengan por finalidad: 1) Armonizar el derecho de propiedad individual con el ejercicio de igual derecho por parte de los demás individuos; 2) armonizar el derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales; 3) armonizar el derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

Pero, en todos estos casos, las limitaciones no pueden exceder el marco previsto por el art. 28 de la Constitución ni desembocar en la negación o desnaturalización del derecho de propiedad, así como tampoco configurar limitaciones arbitrarias, irrazonables o generadoras de privilegios incompatibles con un sistema democrático constitucional.

Las limitaciones al derecho de propiedad, provenientes de las normas que reglamenten su ejercicio, pueden ser establecidas para satisfacer un interés privado o un interés público. Responden a un interés privado cuando están destinadas a proteger los derechos de un particular. Son impuestas en consideración de un interés público cuando protegen globalmente a la sociedad.

Tales limitaciones en defensa del interés privado son establecidas por las normas del derecho privado, particularmente por el Código Civil. El órgano competente para crear estas limitaciones en todo el territorio del país es el Congreso Nacional, ejercitando la facultad que le confiere el art. 75, inc. 12, de la Constitución.

Las limitaciones en defensa del interés público son impuestas por las normas del derecho público que, como regla general y por aplicación de los arts. 121 y 125 de la Constitución, deben ser dictadas por las provincias en sus respectivas jurisdicciones. A ellas se añaden las establecidas por el Congreso para la tutela de intereses públicos de carácter nacional.

Entre las limitaciones a la propiedad privada establecidas en defensa del interés público, cabe mencionar las siguientes: 1) Las restricciones administrativas, cuya finalidad es la de evitar que el ejercicio de la propiedad privada perturbe u obstaculice la actividad de la Administración Pública; 2) las servidumbres administrativas, que posibilitan el uso público de un bien sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad privada, sin que importe el cambio de su titular; 3) la expropiación, que es el acto por el cual el Estado dispone la transferencia de la titularidad sobre un bien; 4) la ocupación temporánea, que es la posesión material y transitoria por la Administración Pública de un bien sin que se altere la titularidad del derecho de propiedad; 5) la requisición, que es la ocupación o adquisición coactiva de bienes por el Estado para satisfacer la utilidad pública originada por una situación general; 6) el decomiso, que es la privación del derecho de propiedad sobre una cosa mueble por razones de seguridad, moralidad o salubridad públicas, o como sanción principal o accesoria de carácter penal o administrativo; 7) el secuestro, que es la incautación y depósito de un bien mueble en forma transitoria, impidiendo su disposición o uso por el titular del derecho de propiedad.

Entre las limitaciones a la propiedad privada también cabe incluir la hipótesis prevista por el art. 2610 del Código Civil, cuando dispone la pérdida del dominio en virtud de una sentencia judicial. En este caso, la transmisión del dominio se basa en una ley que la autoriza y una sentencia que la ordena con prescindencia de la voluntad del titular del derecho. Es una aplicación del art. 17 de la Constitución, según el cual nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley.

Una de las limitaciones impuestas al derecho de propiedad por la política económica gubernamental es la desvalorización monetaria. Su reparación se concreta mediante la indexación. En reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia resolvió que ella permite preservar las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento fue convenido, y no a través de un criterio nominal que

produce una mera equivalencia teórica. La alteración del valor de la moneda impone el deber de actualizar los valores nominales en resguardo de la justicia conmutativa y del derecho de propiedad privada (10).

Sin embargo, al ser sancionada la ley 23.928, se dispuso prohibir las actualizaciones monetarias. El argumento jurídico resultaba del art. 75, inc. 11, de la Constitución que faculta al Congreso a determinar el valor de la moneda. El argumento económico residía en que se había impuesto a la unidad de la moneda nacional un valor equivalente a un dólar estadounidense, con el objeto de frenar el proceso inflacionario que, patológicamente, se registraba en el país.

Sobre tal base, la Corte Suprema convalidó la prohibición de acordar las actualizaciones monetarias (11). Sugestivamente, esa prohibición se mantuvo, en términos generales con la ley 25.561 de Emergencia Económica. Consideramos que estas normas carecen de validez constitucional si, en un caso concreto, se altera el equilibrio de las prestaciones en desmedro del derecho de propiedad.

### 253. Emergencia económica y derecho de propiedad

El carácter dinámico que reviste la convivencia democrática en un Estado de Derecho, como el que regula la Constitución Nacional, puede traer aparejadas situaciones de emergencia política, económica o social de particular gravedad, cuya solución debe ser concretada mediante el empleo de las herramientas que ella contiene o a través de la interpretación razonable de sus preceptos.

En tales casos, el Congreso está habilitado para sancionar leyes conducentes a la superación de tal contingencia. Esas normas pueden limitar, con mayor intensidad que en los momentos de normalidad, los derechos y garantías constitucionales, aunque sin desembocar en un proceso de desconstitucionalización que supere los límites establecidos por los arts. 19, 28, 29 y 31 de la Ley Fundamental, y sin perjuicio de los límites particulares que contienen algunas de sus disposiciones.

Mediante el ejercicio del poder de policía durante la emergencia, que presupone una suerte de estado de necesidad, cabe suspender el ejercicio de ciertos derechos o su ámbito de extensión. Pero esa suspensión debe ser razonable en su contenido y esencialmente transitoria, sin afectar derechos adquiridos. Es que resulta inadmisibles la convivencia bajo un permanente estado de necesidad, de modo que se transforme una excepción en regla general.

Sin embargo, con lamentable frecuencia, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia fue proclive a convalidar las graves restricciones impuestas a los derechos individuales y sociales durante la vigencia de los estados de emergencia declarados por los órganos políticos del gobierno. Declaración que, muchas veces, fue consecuencia de la patológica ineptitud de la dirigencia política para prevenir la emergencia o para encontrar soluciones a problemas que, si bien eran complejos, en modo alguno configuraban el estado de necesidad que presupone la emergencia. De tal modo, desde la primera mitad del siglo XX, ciertas manifestaciones de la convivencia social quedaron con singular frecuencia sujetas

a regímenes de emergencia, en desmedro de la libertad y con la consecuente inseguridad jurídica que ello acarrea.

Al resolver el caso "Ercolano" (12) , del 28/4/1922, la Corte Suprema declaró la validez de la ley 11.157 que reglamentaba los precios y prorrogaba los plazos de las locaciones. Entendió que la escasez de viviendas justificaba la intervención estatal para evitar que los propietarios impusieran a la sociedad "verdaderas exacciones bajo el nombre de precios", y que la reglamentación del precio del alquiler "no se propone favorecer a unos con perjuicio de otros. Su finalidad es impedir que el uso legítimo de la propiedad se convierta en un abuso perjudicial", debido a que las circunstancias "transitoriamente han suprimido de hecho la libertad de contratar para una de las partes contratantes".

En "Horta c. Harguindeguy" (13) , del 21/8/1922, la Corte estableció que la ley 11.157 no tenía efectos retroactivos pues estaría desconociendo derechos lícitamente adquiridos bajo un régimen legal anterior. Destacó que "el fallo recurrido al aplicar la ley impugnada en un caso en el cual existía contrato de locación anterior a la promulgación de la ley, y de término obligatorio, ha alterado, con perjuicio del recurrente, los derechos que ese contrato le confería".

Los argumentos expuestos por la mayoría en el caso "Ercolano" fueron reiterados por la Corte Suprema en el caso "Avico" (14) , donde se convalidó la ley 11.741 que reducía el interés y prorrogaba el plazo para el pago del capital de los deudores hipotecarios. Destacó que "la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo como lo es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados: la moratoria para el pago del capital por tres años y de los intereses por seis meses vencidos, así como el máximo del seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales".

Así, siempre invocando la manifestación de una emergencia, la Corte Suprema convalidó que era viable suspender la ejecución de una sentencia de desalojo firme anterior a la ley que dispone la prórroga de las locaciones (15) , las cuales, con diversas alternativas, se mantuvieron hasta 1976, lo que obstaculizó el desarrollo de la industria de la construcción.

La causal invocada con mayor frecuencia para avalar un estado de emergencia es la resultante de crisis económicas o de crisis sociales, cuando éstas tienen efectos económicos. En tales casos, la depreciación social del valor que reviste la propiedad privada determinó que fuera posible someterla a severas restricciones y desconocimientos. Cada vez que se produjo una crisis económica, la solución consistió, invariablemente, en imponer restricciones, muchas veces arbitrarias, a la propiedad privada y, por añadidura, a la iniciativa económica basada en el conocimiento y la creatividad. Con la salvedad de breves períodos, estuvimos permanentemente sumergidos en crisis económicas. Crisis que siempre se procuró remediar desconociendo la propiedad privada y el rol fundamental que tiene su fuente primaria: el trabajo y la inteligencia.

Si bien la Corte Suprema fue proclive a aceptar la constitucionalidad de las restricciones impuestas a la propiedad privada durante las emergencias económicas, también es cierto que estableció ciertos límites (16) , aunque en forma inorgánica y pendular. Así, sostuvo que la emergencia no autoriza a las autoridades públicas para apartarse de la Constitución; que se pueden imponer límites transitorios a la propiedad privada para evitar que su ejercicio legítimo se convierta en un presunto abuso perjudicial para la sociedad; que la ley que priva al individuo de un bien que integra su patrimonio es inconstitucional, y que tal calificación merecen las leyes retroactivas que desconocen derechos adquiridos; que la doctrina de la omnipotencia legislativa, que se pretende fundar sobre una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible en un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación del poder de sus órganos y la supremacía de la Constitución; que el derecho adquirido a obtener mediante la ejecución de una sentencia firme no puede ser sustancialmente alterado por una ley posterior; que en todos los tiempos subsiste la autoridad de la Constitución; que la emergencia no crea poder, ni tampoco aumenta la extensión acordada a una potestad porque solamente autoriza el ejercicio de las que, expresa o implícitamente, están acordadas en el documento constitucional.

La última emergencia económica que padeció el país y cuya regulación normativa subsiste fue desencadenada por la crisis producida en el sistema financiero durante la segunda mitad de 2001. En esa oportunidad, para preservar los depósitos en las entidades financieras y la confianza de los depositantes y ahorristas, el Congreso sancionó, el 23 de septiembre de ese año, la ley 25.466. Ella dispuso que los depósitos a plazo fijo y a la vista, en moneda nacional o extranjera, eran intangibles; que no se podían alterar las condiciones pactadas entre el depositante y la entidad financiera; ni disponer el canje por títulos de la deuda pública; ni prorrogar sus plazos; ni alterar las tasas pactadas o la moneda de origen; y tampoco reestructurar los vencimientos.

El 3/12/2001 se publicó el decreto de necesidad y urgencia 1570/2001 que, si bien mantuvo aquella intangibilidad, resolvió limitar la disponibilidad de los fondos de los depositantes hasta tanto concluyera el canje de los títulos representativos de la deuda pública externa previsto en el decreto de necesidad y urgencia 1387/2001.

En su momento, consideramos que esta medida, si bien era fuertemente restrictiva del derecho de propiedad, no llegaba a tener una envergadura tal que nos permitiera afirmar la existencia de una lesión arbitraria o confiscatoria, al menos en forma genérica. Se preservaba la intangibilidad de los depósitos, su movilidad nominal y la vigencia de la norma tenía un lapso razonable y determinado. Estábamos en el límite de la constitucionalidad.

La situación varió drásticamente a partir del 7/1/2002, cuando fue publicada la ley 25.561 de Emergencia Pública. Desde entonces, se sucedieron varias normas que dejaron sin efecto la convertibilidad y la intangibilidad de los depósitos, y acordaron a sus cláusulas efectos retroactivos con absoluto desconocimiento de los

derechos adquiridos en función de la ley 25.466 y de las modalidades cuya vigencia garantizaba esta última.

Causó cierta perplejidad el hecho de que la Corte Suprema, apartándose de su doctrina permisiva de las restricciones impuestas en un estado de emergencia, resolviera declarar la invalidez de las limitaciones establecidas para los ahorristas al resolver el caso "Smith" (17) . Esto tuvo lugar tres días antes del 4/2/2002, fecha de emisión del decreto de necesidad y urgencia 214/2002, que convirtió en pesos todos los depósitos efectuados en moneda extranjera y fijó la paridad cambiaria de un peso con cuarenta centavos por cada dólar estadounidense (18) . Además, mantuvo la indisponibilidad de los depósitos y previó la emisión de títulos de la deuda pública por los cuales podían optar los depositantes para sustituir la devolución de sus ahorros monetarios.

La Corte Suprema, al decidir el caso "San Luis" (19) el 5/3/2003, entendió que el camino normativo que había seguido el Estado para no honrar su promesa era, constitucionalmente, incorrecto.

El decreto 214/02 citaba como fundamento para su validez, y de manera simultánea, la delegación legislativa prevista por la ley 25.561, que permitía al titular del órgano ejecutivo regular determinadas materias, así como la potestad de este último para dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, CN). Importaba el ejercicio de una facultad delegada (art. 76 CN) y, al mismo tiempo, de una potestad constitucional reservada con motivo de la producción de circunstancias excepcionales que hicieran imposible su tratamiento por el Congreso.

La Corte consideró que el decreto superaba los límites de la delegación establecida en la ley 25.561 (20) . Tal hecho acarreaba su invalidez en orden al ejercicio de la función legislativa delegada. Pero, tampoco era aceptable reconocerle válidamente el carácter de un decreto de necesidad y urgencia, por cuanto las razones invocadas por el órgano ejecutivo para su emisión no diferían de las expuestas para la sanción de la ley 25.561. Y, cuando fue sancionada esa ley, no se autorizó a ese órgano para dictar las medidas que contenía el decreto 214/02. De manera elíptica, se pretendía desconocer los límites fijados en la delegación congresual y acentuar la concentración de poderes en el órgano ejecutivo.

La doctrina expuesta por la Corte Suprema en los casos "Smith" y "San Luis" se puede sintetizar en los principios siguientes:

- 1) La existencia de una crisis económica habilita a los órganos legislativo y ejecutivo para dictar medidas razonables destinadas a paliar sus efectos.
- 2) La oportunidad y conveniencia de tales medidas escapan a la órbita judicial y no pueden ser revisadas en abstracto.
- 3) Los efectos que producen tales medidas pueden ser considerados judicialmente si, en el caso concreto, lesionan derechos subjetivos adquiridos, como el derecho de propiedad privada.

4) Los jueces deben resolver tales casos en atención a las circunstancias fácticas existentes al tiempo del fallo judicial y no tan sólo a las que existieron cuando fue promovida la acción.

5) Las medidas de emergencia que adopte el gobierno no pueden ser retroactivas respecto de derechos adquiridos bajo la vigencia de una ley de orden público.

6) La limitación legislativa al derecho de propiedad sólo es admisible si:

6.1) Es razonable, al configurar una relación proporcional entre medios y fines.

6.2) Está limitada en el tiempo.

6.3) No produce una alteración o mutación sustancial del derecho adquirido que se traduzca en su negación o desnaturalización de manera de desconocer el límite establecido por el art. 28 de la Ley Fundamental y la intangibilidad de su art. 17.

La doctrina establecida por la Corte Suprema en los casos "Smith" y "San Luis" comenzó a ser modificada por el tribunal a partir del 13/7/2004 cuando, en su nueva composición, resolvió el caso "Cabrera" (21) .

Los jueces Belluscio, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco rechazaron la acción mediante la aplicación de la teoría de los actos propios: el demandante se había acogido al régimen del decreto 214/02 sin formular reserva alguna y sin acreditar que su voluntad hubiera estado viciada por un estado de necesidad.

El 26/10/2004 la Corte Suprema rectificó la doctrina expuesta dos años antes en los casos "Smith" y "San Luis" (22) .

Cuatro miembros del Tribunal, aunque sin uniformidad de criterio, se pronunciaron por la constitucionalidad del régimen normativo impuesto con motivo de la emergencia económica. Entendieron que tales normas eran válidas y aplicables retroactivamente a relaciones jurídicas entre particulares que estaban agotadas y habían generado derechos adquiridos. Todo ello, sin perjuicio de reiterar la improcedencia de la acción de amparo para el tratamiento de la cuestión debatida.

Consideramos que el perjuicio económico estaba debidamente acreditado como consecuencia del desmembramiento del derecho de propiedad. En efecto, bastaba con advertir que, al momento de la sentencia, la oferta de pago instrumentada por el Estado acarreaba una quita equivalente al tercio del capital depositado. También entendemos que fue absolutamente injusta la crítica peyorativa de la conducta de los ahorristas efectuada por esos magistrados. Mal se puede sostener que los ahorristas estuvieran obteniendo un lucro indebido a costa del país. Es que, y para preservar sus ahorros, aceptaron el sistema económico y financiero garantizado por el Estado y ofrecido voluntariamente por las entidades financieras. ¿Pueden, razonablemente, los magistrados judiciales inducir a los ciudadanos a que no crean en las promesas efectuadas por los gobernantes en ejercicio del poder estatal?

El juez Fayt, en disidencia, mantuvo los argumentos que expuso en los casos "Smith" y "San Luis". Afirmó que la restricción imperante, para los depósitos

bancarios, adolecía de irrazonabilidad porque no era una simple limitación a la propiedad sino que, sumada al resto de las medidas adoptadas, coadyuvaba a su privación y aniquilamiento. Tras destacar el carácter confiscatorio de la normativa cuestionada, propuso que el reintegro de los depósitos se realizara en forma escalonada preservando su valor originario y añadiendo una tasa de interés para soslayar las dificultades económicas que podría acarrear el cumplimiento de las sentencias mientras subsistiera el estado de emergencia. Solución cercana a la que se adoptó en el caso "Massa".

Si bien, en forma directa o implícita, cuatro de los nueve jueces de la Corte se habían pronunciado por la viabilidad de las restricciones impuestas al derecho de propiedad de los depositantes, las variantes que resultaron del voto del juez Zaffaroni desarticulaban la mayoría requerida para definir cómo se debía considerar judicialmente ese derecho.

Al decidir el caso "Galli" (23) , la mayoría de los jueces de la Corte decidió que los tenedores de bonos nacionales expresados en moneda extranjera pasaban a tener títulos cuyo valor nominal se traducía en moneda nacional y conforme a los índices de actualización del decreto 471/02.

La política estatal que convalidó la Corte Suprema al rectificar la doctrina expuesta en los casos "Smith" y "San Luis" representó un castigo para quienes cumplieron la ley; para quienes prefirieron el ahorro y la capitalización antes que el consumo; para quienes aceptaron —o fueron forzados a aceptar— los pedidos de financiamiento del Estado adquiriendo títulos de la deuda pública emitidos para satisfacer las necesidades sociales. La doctrina de la Corte, convalidando una suerte de confiscación parcial, se apartó de aquella que, tradicionalmente, imponía el respeto a los derechos adquiridos condicionando la validez de los actos gubernamentales destinados a superar una emergencia económica a una restricción razonable y limitada en el tiempo del derecho de propiedad, siempre que no se tradujeran en una merma o reducción patrimonial.

Tal era la postura jurisprudencial de nuestra Corte Suprema al 26/12/2006, cuando ya había transcurrido un lustro de la emergencia económica.

Las diversas posiciones intelectuales asumidas por los jueces de la Corte sobre la interpretación constitucional de la emergencia económica eran inconciliables. Ello impedía desarticular la incertidumbre e inseguridad jurídica gestadas a partir de 2002. Se imponía, y así se concretó, el apartamiento del dogmatismo para establecer una solución pragmática aceptable para todos y susceptible de ser conciliada con el pensamiento jurídico de los integrantes de la Corte.

En el caso "Massa" (24) , resuelto el 27/12/2006, al igual que en el caso "Pochat" resuelto ese mismo día, la Corte Suprema brindó esa solución, aunque limitada para los depositantes de moneda extranjera en el sistema financiero que cuestionaron la validez de las normas de emergencia y, en particular, las variantes impuestas por el decreto 214/2002.

Los cinco jueces que suscribieron la sentencia, avalaron su parte resolutive. Dispuso declarar procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto el pronunciamiento apelado por el cual se reconoció el derecho del accionante para percibir los importes en moneda extranjera que había depositado en una entidad financiera o su equivalente en pesos, e impuso que las costas se distribuyeran en el orden causado. Asimismo, se reconoció el derecho del actor a obtener el reintegro de su depósito convertido en pesos, a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el CER hasta el momento de su pago. A ese importe se debían añadir los intereses a una tasa del 4% anual no capitalizable. Por otra parte, los importes que ya había percibido el actor en concepto de pago o en cumplimiento de medidas cautelares quedaban firmes y se computaban como pagos a cuenta del importe que debía abonar la parte demandada.

Con la aplicación de esa fórmula el valor del dólar estadounidense ascendía, aproximadamente, a \$ 3,10 que equivalía a su valor en el mercado. Pero, cabe acotar que en el caso "Massa" sólo tres de los siete jueces que integran la Corte se pronunciaron por la constitucionalidad del "bloqueo" legislativo de emergencia.

Uno de los principios elementales que acarrea el Estado de Derecho reside en considerar que todos los actos emanados de los órganos gubernamentales se presumen constitucionales, hasta tanto no se pruebe fehacientemente lo contrario.

Solamente si se manifiesta una discordancia sustancial con el texto de la Ley Fundamental que no pueda ser soslayada mediante una interpretación razonable y armónica, cabe afirmar la inconstitucionalidad de la norma jurídica.

Este criterio, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia norteamericana, fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como doctrina oficial. Dispuso la constitucionalidad de los actos dictados por los órganos de gobierno si no hay una demostración concluyente en contrario; que la invalidez de una ley presupone una discordancia sustancial con los preceptos constitucionales; y que la injusticia o inoportunidad de una norma jurídica no son objeción suficiente para su validez constitucional (25) .

Sin embargo, una aplicación rígida de esta regla que le asigna carácter absoluto se enfrenta con aquellas concepciones que otorgan a ciertas libertades el carácter de preferentes. Tal es lo que acontece con los derechos personalísimos, las libertades de religión, de prensa, de petición, de enseñanza, de propiedad privada, entre otras. En tales casos, cuando una norma jurídica lesiona, restringe o desconoce los derechos resultantes de tales libertades, se debería presumir inconstitucional, salvo prueba en contrario.

Esta postura fue adoptada por los ministros Bacqué y Petracchi de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando resolvió el caso "Repetto" (26) . Destacaron que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, respecto al goce de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada de una presunción de inconstitucionalidad. De manera que si una norma sostiene la validez de esa distinción, debe acreditar la presencia de un interés estatal urgente y de que la medida adoptada es razonable para satisfacerlo.

Consideramos que el apartamiento de la regla que impone la presunción de constitucionalidad de los actos públicos constituye un grave riesgo para la preservación del principio de autoridad cuando se basa efectivamente en el orden jurídico. En modo alguno desconocemos que ciertas libertades, como el derecho a la vida y la libertad de expresión, manifestados en una dimensión institucional o estratégica, revisten carácter preferente cuando, bajo determinadas condiciones, colisionan con las manifestaciones de otras especies del género libertad. Pero ello no significa que debamos apartarnos de la regla interpretativa objeto del análisis, porque, para preservar su aplicabilidad, la prueba fehaciente de la inconstitucionalidad de las normas restrictivas será mucho menos engorrosa a la luz del tratamiento dispensado a esas libertades por la Ley Fundamental.

La razón de ser de esta regla complementaria de interpretación reside en que toda declaración de inconstitucionalidad por la cual se niega la aplicación de un acto gubernamental, configura una grave perturbación para el desarrollo de la actividad del Estado y para el orden jurídico que establece. Solamente es aceptable, en su condición de solución última e ineludible para preservar el principio de la supremacía constitucional que impone el art. 31 de la Ley Fundamental.

Si aceptamos que el derecho de propiedad es inviolable, no resulta admisible la concepción del esfuerzo compartido ni la consideración de la solvencia económica de alguno de los contratantes o de la envergadura de la operación convencional. Ambas, en la medida que justifican una merma patrimonial mediante el desconocimiento de un derecho adquirido, son confiscatorias y propias de los regímenes autoritarios, donde la voluntad del gobierno de turno se impone sobre toda ley, incluida la Constitución.

Es que, como bien lo destacó el juez Lorenzetti, jamás la emergencia puede acarrear el desconocimiento de los derechos humanos porque ella está subordinada a la Ley Fundamental, ley destinada a regir tanto en épocas de normalidad como de emergencia económica.

Tales consideraciones nos inducen a sostener la conveniencia de apartarnos de la doctrina jurisprudencial clásica o conservadora de la Corte Suprema proclive a convalidar graves restricciones impuestas a los derechos individuales y sociales durante la vigencia de un estado de emergencia declarado por los órganos políticos del gobierno.

Pero también advertimos, a partir de 2005, la adopción por algunos magistrados judiciales de una postura progresista que los impulsa a ser cada vez más exigentes para aceptar la validez de las normas dictadas en invocación de un estado de necesidad o emergencia.

Las normas dictadas durante una emergencia económica deben quedar sujetas a un test riguroso de constitucionalidad, teniendo en cuenta que:

1. La existencia de una emergencia económica o social habilita a los órganos políticos para dictar medidas extraordinarias, pero razonables, para paliar o diluir los efectos de aquélla.

2. La oportunidad y conveniencia de tales medidas es una cuestión política que escapa a la órbita de competencia constitucional de los jueces y no pueden ser objeto de una revisión judicial en abstracto.

3. Los efectos de tales medidas deben ser considerados judicialmente si, en el caso concreto, lesionan derechos subjetivos adquiridos.

4. Los jueces deben resolver tales casos en atención a las circunstancias fácticas existentes al tiempo del fallo judicial, y no tan sólo a las que existieron al ser promovida la acción.

5. Las limitaciones legislativas al derecho de propiedad durante la emergencia solamente son admisibles si:

5.1. Son razonables.

5.2. Limitadas en el tiempo. No parece aceptable que una situación de emergencia perdure durante más de cinco años, de modo de avalar la concentración de funciones legislativas en el órgano ejecutivo

5.3. No pueden producir una mutación o alteración sustancial de un derecho adquirido y determinar su negación o desbaratamiento superando los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución.

En cierto modo, la emergencia económica se ha traducido en un ejercicio exorbitante del poder de policía al limitar, cuando no desconocer, la propiedad privada, a lo largo de casi ochenta años. No por factores exógenos determinantes por su seriedad y magnitud, sino esencialmente por la ineptitud de los gobernantes para prevenir o para instrumentar soluciones razonables en el marco de la Constitución.

## 254. Expropiación

La expropiación, prevista por el art. 17 de la Constitución Nacional, es una institución de derecho público mediante la cual se procura satisfacer una necesidad de la comunidad, sustituyendo coactivamente al titular del derecho de propiedad sobre un bien que tiene contenido económico.

Consiste en el acto estatal por el cual se priva a una persona de un bien de su propiedad para colmar una utilidad pública o interés general calificados por ley y previo pago de una indemnización justa. La ley es el instrumento jurídico por el cual el Estado ordena transferir un bien de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública y previa indemnización. Como limitación al derecho de propiedad, se traduce en la privación definitiva y completa de la propiedad sobre bienes determinados y respecto de su anterior titular.

El acto de la expropiación, como institución regulada por el derecho público, genera una relación jurídica entre el expropiante y el expropiado. El sujeto pasivo de esa relación es el titular del derecho de propiedad al momento de ser dispuesta la expropiación. El sujeto activo es el Estado, facultado constitucionalmente para disponer la expropiación por ley.

La expropiación puede recaer sobre cualquiera de los bienes que están englobados en el concepto constitucional de propiedad, tanto sobre bienes materiales como inmateriales, cosas muebles o inmuebles, créditos y derechos contractuales. Los bienes susceptibles de expropiación pueden ser propiedad de los particulares, de empresas del Estado, municipios, de la Nación o de las provincias, sean de dominio público o privado. Solamente es requisito que tengan un valor económico, condición necesaria para que puedan ser objeto del derecho de propiedad.

La expropiación puede recaer sobre bienes determinados o, en forma genérica, sobre todos aquellos que sean razonablemente importantes para satisfacer la declaración de utilidad pública, siempre que se hubieran previsto los procedimientos técnicos que permitan determinar o individualizar a esos bienes.

La declaración de utilidad pública puede abarcar no solamente los bienes necesarios, sino también los que sean convenientes para alcanzar los fines de la expropiación. Sin embargo, en ambos casos, no se trata de una potestad arbitraria, sino razonable y sujeta al control judicial. Lo que no es revisable judicialmente es el contenido político de la declaración de utilidad pública, pero sí la razonabilidad en la determinación de los bienes a expropiar y su relación de causalidad con la necesidad o conveniencia de la expropiación.

La expropiación puede ser regular o irregular, también llamada inversa o indirecta. La expropiación es regular cuando la iniciativa procesal es adoptada por el Estado, y es irregular cuando esa iniciativa corresponde al sujeto pasivo de la expropiación que demanda su concreción.

La expropiación irregular, que es promovida por el titular del derecho de propiedad, responde al objeto de obtener la indemnización correspondiente. Su ejercicio se puede concretar en tres casos:

1. Cuando se sanciona una ley que dispone la expropiación de un bien y el Estado no la hace efectiva mediante la toma de posesión de éste, con el pago de la indemnización correspondiente.
2. Cuando se sanciona una ley que decide la expropiación de un bien y el Estado toma posesión de éste sin pagar la indemnización de manera previa.
3. Cuando el Estado impone una restricción definitiva respecto del uso o disposición de un bien, que cercena el derecho de propiedad de su titular.

Luego de sancionada la norma expropiatoria y antes de su concreción, el expropiante puede entender que, por circunstancias sobrevenientes, ella no resulta necesaria y, mediante una nueva ley, dejar sin efecto la expropiación dispuesta. En tal caso, el sujeto que había sido expropiado y que no fue desposeído de su propiedad puede demandar al Estado por indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionó la actividad lícita del expropiante.

255. Competencia para expropiar

Por ser una institución de derecho público que las provincias no delegaron en la Nación, la expropiación puede ser regulada legislativamente por la Nación y las provincias, en sus respectivos ámbitos territoriales. Así, las leyes generales o particulares de expropiación que sancionen las legislaturas provinciales tienen plena validez, siempre que se adecuen a las condiciones establecidas en la Constitución Nacional, especialmente en su art. 17.

La expropiación puede ser dispuesta tanto por una ley nacional como por una ley provincial, aunque en este último caso las expropiaciones solamente podrán disponerse y efectuarse sobre bienes situados en la respectiva jurisdicción provincial.

La expropiación debe ser dispuesta por ley nacional cuando la utilidad pública que se pretende satisfacer reviste carácter nacional, o cuando ella se extiende solamente sobre el ámbito de la Capital Federal o los territorios nacionales. En cambio, cuando la utilidad pública es de carácter local, la potestad expropiatoria debe ser ejercida por las legislaturas provinciales.

Si bien la expropiación solamente puede ser dispuesta por ley nacional o provincial, los sujetos activos de la expropiación no son, necesaria y únicamente, la Nación o las provincias. La ley puede atribuir ese carácter a los municipios, a entidades autárquicas, a empresas nacionales o provinciales, a concesionarios de obras y servicios públicos y a los particulares.

#### 256. Utilidad pública

La utilidad pública es uno de los requisitos ineludibles para la viabilidad constitucional de la expropiación. Conforme al art. 17 de la Constitución, la expropiación solamente puede ser dispuesta por causa de utilidad pública.

El concepto de utilidad pública es esencialmente relativo, ya que su contenido varía en el tiempo y el espacio, en función de las necesidades colectivas de una sociedad determinada. Tal relatividad resulta del propio significado gramatical de este requisito. El término "utilidad" alude a la calidad de útil, que es todo aquello provechoso o favorable para un sujeto. "Pública", a su vez, alude a lo referente al sujeto colectivo de la actividad estatal, esto es la comunidad.

Lo que es útil para la comunidad varía constantemente como consecuencia de la gravitación ejercida por diversos factores políticos, económicos y sociales, que determinan el contenido de todo aquello que es provechoso para la comunidad, ya sea para solucionar problemas existentes o para posibilitar su progreso.

No habrá utilidad pública cuando la expropiación se realiza para satisfacer el interés privado de un particular o de un grupo de particulares; cuando, bajo la apariencia de satisfacer un interés público, se satisface realmente un interés privado; cuando la expropiación es simplemente el medio aplicado para obtener recursos fiscales o económicos para el Estado; cuando la ley no explicita claramente la causa de utilidad pública o delega su determinación en el órgano

ejecutivo; o cuando no se advierte relación alguna entre el acto expropiatorio y el bien o interés común invocado.

La calificación de utilidad pública es privativa del órgano legislativo y, en principio, ella no es susceptible de revisión judicial. No es función de los tribunales analizar si los elementos políticos ponderados por el legislador conforman realmente una utilidad pública que debe ser satisfecha por el acto de la expropiación. Pero esto no significa que los jueces carezcan de competencia para revisar el acto legislativo con motivo de su aplicación a un caso concreto, a fin de verificar su razonabilidad con relación a las libertades que se limitan o el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución.

#### 257. Calificación legal

En forma categórica, la Constitución establece, en su art. 17, que la expropiación debe ser impuesta por ley. No se trata de una facultad concurrente de los órganos legislativo y ejecutivo, o de una potestad que pueda ser ejercida en forma indistinta por cualquiera de ellos, sino de una potestad indelegable y exclusiva del Congreso Nacional o, en su caso, de las legislaturas provinciales.

La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley, lo cual importa privar de validez constitucional a todo acto expropiatorio dispuesto por el órgano ejecutivo que esté desprovisto de un fundamento legal.

La calificación por ley de la utilidad pública no significa que necesariamente la norma deba determinar e individualizar los bienes a expropiar. Será suficiente que ellos sean determinables en función del procedimiento que a tal efecto prevea la ley.

#### 258. Indemnización previa

El art. 17 de la Constitución exige que la expropiación sea previamente indemnizada. Se trata de la justa compensación debida al propietario con motivo de la limitación impuesta a su derecho de propiedad. La falta de indemnización, ya sea total o parcial, configura un caso de confiscación expresamente prohibido por la Constitución.

La indemnización, como requisito fundamental de la expropiación, debe ser actual, total y previa.

El valor objetivo del bien es el que tiene en plaza al tiempo de la expropiación, sin tener en cuenta la gravitación que sobre él pudiera tener el acto de la expropiación. El mayor o menor valor del bien como consecuencia de la expropiación no debe ser considerado para la determinación del monto indemnizatorio.

La indemnización también debe incluir todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación y que ocasionan una merma patrimonial para el expropiado. Así, cabe incluir entre ellos los gastos de mudanza, los perjuicios ocasionados por el cierre de un establecimiento empresario y los costos por las mejoras contratadas por el propietario antes de la expropiación y

pendientes de ejecución. Pero no son indemnizables los valores afectivos, ya que, por ser esencialmente subjetivos, no integran el concepto de valor objetivo. Tampoco es indemnizable el lucro cesante y la ganancia hipotética que razonablemente aspiraba a obtener el propietario de no operarse la expropiación. Asimismo, no puede ser indemnizado el mayor valor que eventualmente adquiera el bien debido a la expropiación.

Compartimos la postura doctrinaria que le asigna carácter indemnizatorio al valor histórico y al valor panorámico que puedan tener los bienes expropiados. El carácter justo de la indemnización debe incluir todos aquellos valores complementarios del valor material del bien que se reflejan en su precio de mercado.

La indemnización debe ser previa a la transferencia de la propiedad y, en principio, debe ser efectivizada mediante el pago de una suma de dinero, salvo que medie conformidad del expropiado. Sin esa conformidad, el pago de la indemnización no podrá materializarse mediante la entrega de bienes, títulos públicos o reconocimiento de créditos.

#### 259. Retrocesión

La retrocesión es la facultad concedida al sujeto expropiado para reclamar el reintegro a su patrimonio del bien expropiado, previa deducción del monto indemnizatorio oportunamente percibido.

Esta acción, prevista por el art. 35 de la ley 21.499, tiene por objeto preservar el derecho de propiedad ante la desnaturalización, en los hechos, de la calificación de utilidad pública efectuada por la ley expropiatoria.

Su procedencia, que está condicionada a la manifestación de voluntad del sujeto expropiado, se puede concretar en dos casos: 1) Cuando al bien expropiado se le asigna un destino diferente al establecido en la ley de expropiación y que en su momento justificó la expropiación; 2) cuando el expropiante no le asigna destino alguno al bien expropiado durante un lapso de dos años desde que quedó perfeccionada la expropiación (art. 35 de la ley 21.499).

El cambio de destino del bien o su no afectación a la razón de utilidad pública invocada como fundamento legal de la expropiación ponen en evidencia que la limitación a la propiedad no fue real en sus fundamentos y esa falta de causa justifica volver las cosas a su estado anterior si esa es la voluntad del sujeto expropiado.

Esta última solución es inviable si el expropiante acredita que la modificación del destino obedece a factores dinámicos que justifican tal solución, o si ese destino tiene conexidad o una relación sustantiva y razonable con el destino originario asignado al bien expropiado.

#### 260. Ocupación temporánea



La ocupación temporánea, como instituto incorporado por la ley 21.499, es una limitación transitoria al derecho de propiedad, consistente en la toma de posesión por el sujeto activo de un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o de una universalidad determinada de bienes, por razones de utilidad pública.

La ocupación temporánea, como limitación al derecho de propiedad, no está expresamente prevista en el texto constitucional. Sin embargo, como consecuencia de una interpretación teleológica, sistemática y dinámica de la Constitución, no cabe duda acerca de su viabilidad constitucional.

Si la Ley Fundamental admite una limitación absoluta y definitiva al derecho de propiedad, como lo es la expropiación, no existe razón valedera para desconocer una limitación parcial y transitoria a ese derecho fundada en iguales razones que la expropiación.

Mientras que con la expropiación se transfiere la propiedad de un bien, con la ocupación temporánea se limita la potestad de uso y goce del propietario por un lapso determinado o determinable. Además, en ambos casos se requiere una causa de utilidad pública y la previa indemnización.

La ley 21.499 distingue entre la ocupación normal y la anormal. En ambas, la causa jurídica reside en la utilidad pública. Pero la ocupación anormal es la que está determinada por una necesidad grave que debe ser satisfecha con urgencia y sin dilaciones, razón por la cual puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa, y no da lugar a indemnización alguna, salvo la reparación de los daños o deterioros causados al bien (art. 59 de la ley 21.499).

Para fundamentar la improcedencia de la indemnización en el caso de la ocupación anormal, se invoca el deber de solidaridad social. Así, se destaca que la ocupación de un automotor para transportar a un enfermo grave hasta un hospital no podría dar derecho a una indemnización sin vulnerar una conducta impuesta por la moral según lo previsto en el art. 19 de la Constitución.

Sin embargo, en mayor o menor grado, la solidaridad social se presenta en todos aquellos casos en que se procede a limitar el derecho de propiedad. Entendemos que en la ocupación anormal podrá resultar prácticamente imposible satisfacer el requisito constitucional de la indemnización previa, lo cual tornará viable la ocupación del bien sin dar cumplimiento a esa condición en forma anticipada. Pero ello no significa que el propietario no deba ser indemnizado posteriormente por la privación del uso del bien.

#### 261. Requisición

La requisición, como limitación al derecho de la propiedad, consiste en la apropiación de bienes particulares como medida de carácter general aplicable a toda persona y con el propósito de satisfacer necesidades generales y públicas provocadas por una crisis económica o por un estado de guerra.

La requisición, prevista por la ley 23.554 de Defensa Nacional, está condicionada, en orden a su validez jurídica, por tres requisitos: 1) La causa de utilidad pública

que motiva el acto; 2) la indemnización; 3) constancia escrita de la orden de requisición entregada al requisado y la recepción del bien objeto de la requisición.

La ley 23.554, que sustituyó a la 16.970, establece que, en caso de guerra o ante su inminencia, el Poder Ejecutivo podrá disponer requisiciones de servicios o bienes y que todos los habitantes de la Nación están obligados a proporcionar información, facilitar los bienes y prestar los servicios que les sean requeridos.

Añade que se trata de una carga pública irrenunciable. Si el aporte implica gastos para el requerido, se determinará administrativamente la indemnización o remuneración correspondiente que excluirá el lucro cesante. De no haber acuerdo con la estimación administrativa, el monto será fijado judicialmente a pedido de parte interesada. Si bien la ley alude a gastos, consideramos que se deben incluir todos los daños y perjuicios que soporte el titular del derecho de propiedad o el prestador del servicio, con la salvedad del lucro cesante si es razonable en el caso concreto.

En forma categórica, el art. 17 de la Constitución prohíbe las requisiciones, con expresa referencia a los cuerpos armados. Tal disposición respondió al propósito de prevenir y evitar un procedimiento usual durante el período anterior al de la sanción de la Constitución, cuando, en el curso de las luchas internas, se ejecutaban requisiciones de diversos bienes para solventar las necesidades de los cuerpos armados.

Esa prohibición absoluta cede frente a las requisiciones militares dispuestas bajo la vigencia de un sistema constitucional. De tal modo, las requisiciones militares, reguladas normativamente e impuestas con motivo de las razones de necesidad y urgencia generadas por una confrontación bélica, son constitucionalmente válidas si están acompañadas por una indemnización suficiente para preservar la intangibilidad patrimonial.

Pero además de las requisiciones militares que se llevan a cabo bajo las condiciones previstas en la ley 23.554, un sector prestigioso de la doctrina nacional ha extendido su viabilidad al ámbito civil para satisfacer necesidades sociales concretas. Se trata de situaciones súbitas, imprevisibles, sumamente graves, generadoras de un real estado de necesidad, que no tendrían solución eficaz mediante la aplicación de los procedimientos usuales. Por otra parte, entre los autores que admiten la requisición civil, algunos condicionan su procedencia a una causa de utilidad pública con prescindencia de la necesidad urgente. Este tipo de necesidad sería solamente el elemento determinante del momento en que debe ser efectuado el pago de la indemnización, pago que podrá ser efectuado con posterioridad a la requisición.

Es materia opinable si son factibles constitucionalmente las requisiciones en el ámbito civil. Es que su aplicación en la esfera civil constituye una de las tantas muestras del paulatino retroceso de las libertades y derechos del hombre frente al crecimiento del poder estatal.

#### 262. Decomiso

El decomiso es una limitación al derecho de propiedad impuesta por ley, que se traduce en la pérdida de una cosa mueble sin que el propietario tenga derecho a percibir una indemnización.

El decomiso puede ser aplicado como sanción, principal o accesoria, con motivo del incumplimiento de una norma legal. Así, el decomiso de bienes cuya tenencia prohíbe la ley o que fueron instrumentos materiales utilizados para la comisión de un delito. También puede ser aplicado en virtud del ejercicio del poder de policía para preservar la seguridad, la moralidad o la salubridad públicas. Bajo tales condiciones, cabe el decomiso de bienes muebles que sean potencialmente peligrosos para aquellos valores, tales como las sustancias tóxicas o animales salvajes.

Como limitación al derecho de propiedad, su causa debe ser la utilidad pública. Asimismo, conforme a los arts. 14 y 17 de la Constitución, el decomiso debe estar previsto en una ley general o especial y su razonabilidad, en el caso concreto, debe ser manifiesta. En virtud de los riesgos potenciales que acarrea la cosa para la sociedad, corresponde, como regla general, disponer su destrucción. Sin embargo, cuando el decomiso reviste el carácter de una sanción, o cuando la utilidad pública así lo imponga razonablemente, podrá disponerse la conservación por la autoridad pública de la cosa objeto del decomiso. Asimismo, en el decomiso penal, es procedente disponer la subasta de los bienes.

#### 263. Servicios personales

El art. 17 de la Constitución dispone que ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Si bien no se trata de una limitación directa para la libertad de propiedad, gravita indirectamente sobre ella, en la medida en que todo servicio personal es una actividad productiva susceptible de generar resultados apreciables económicamente que incrementan el patrimonio de una persona. Asimismo, su prestación impide a las personas dedicar una parte de su tiempo y libertad a otras actividades.

Los servicios personales pueden ser privados o públicos. Los privados son consecuencia de las relaciones contractuales que celebran los particulares, y que para las partes tienen fuerza de ley, produciendo obligaciones exigibles judicialmente, en tanto no sean contrarias al orden y a la moral pública, o sean consecuencia de un ejercicio abusivo del derecho. Bajo tales condiciones, la prestación de servicios personales privados puede ser impuesta por sentencia judicial o traducirse en un resarcimiento compensatorio.

Los servicios personales públicos son aquellos cuya prestación puede ser exigida con carácter obligatorio por el Estado. Son cargas impuestas por el Estado, de manera razonable y respetando el principio de igualdad, para satisfacer las necesidades de la organización política global, o servicios impuestos como sanción penal, u obligación en salvaguarda del bien común.

La Constitución no prohíbe la imposición de servicios personales públicos, pero sí exige que ellos estén previstos por la ley o establecidos por una sentencia judicial fundada en ley.

#### 264. Confiscación

La propiedad privada, en su condición de libertad esencial del hombre, móvil y estímulo de la producción eficiente y acicate del trabajo, es incompatible con la confiscación.

La confiscación no consiste en una limitación razonable al derecho de propiedad, sino en la negación de ese derecho. Es el acto por el cual se priva a una persona de parte o de la totalidad de sus bienes, ya sea con el carácter de sanción penal o en virtud de cualquier causal de índole civil, fiscal, laboral o administrativa, sin que medie una razón de utilidad pública calificada por ley y sin la previa indemnización.

Reviste carácter confiscatorio el acto que se traduce en el desapoderamiento de los bienes de una persona, como también todo aquel que, en forma directa o indirecta, grava el patrimonio de una persona desnaturalizando la esencia del derecho de propiedad privada.

La Constitución Nacional, en su art. 17, establece que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. La relación atribuida a la confiscación con el Código Penal obedeció a que, desde la antigüedad, la confiscación era una sanción penal, muchas veces aplicada por razones políticas, en virtud de la cual una persona era desposeída de todos sus bienes en beneficio del Estado o de otras personas.

Sin embargo, la naturaleza de la confiscación no se circunscribe al ámbito penal. En definitiva, son confiscatorios todos aquellos actos del poder por los cuales, sin ley o sentencia judicial fundada en ley, o sin causa de utilidad pública calificada por ley, o sin respetar el principio de igualdad o de razonabilidad o sin indemnización previa se cercena total o parcialmente el patrimonio de una persona y se desconoce su derecho de propiedad. En tal sentido, puede resultar confiscatoria una multa, un impuesto, una tasa, una contribución especial y todo acto gubernamental lesivo para el patrimonio de una persona.

La Corte Suprema de Justicia considera confiscatorios los impuestos manifiestamente arbitrarios o inspirados en un espíritu manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o grupos sociales, o cuando su monto abarque una parte sustancial de la propiedad o de la renta de un capital que está gravado, o el impuesto a la herencia exorbitante, o la reducción de los haberes previsionales (27).

#### 265. Ley de Abastecimiento

En la ley 20.680 de Abastecimiento, se encuentran varias vías indirectas que legalizan la confiscación, lo que torna manifiestamente inconstitucionales a sus normas.

Establece que rige toda transacción, servicio o prestación, cualquiera sea su finalidad o destino, y que abarca todo el proceso económico y de actividad económica. Faculta al Poder Ejecutivo, por sí o por los organismos que autorice, para regular cualquier etapa en el desarrollo de esas transacciones, servicios o prestaciones, estableciendo precios máximos o mínimos o márgenes de utilidad, precios de sostén o fomento; lo habilita a regular la comercialización, intermediación, distribución y producción de bienes y servicios; a obligar a continuar con la producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios bajo las condiciones y modalidades que establezca la autoridad; a prohibir o restringir exportaciones; a intervenir en las explotaciones agropecuarias, forestales, mineras, pesqueras, industriales, comerciales y de transporte, y a disponer de los elementos que generen.

Las autoridades provinciales pueden adoptar iguales medidas en tanto la Nación no decida ejecutarlas.

Asimismo, la ley sanciona a quienes eleven injustificadamente los precios sin relación con el aumento de costos u obtengan ganancias abusivas; a quienes revaloricen las existencias, acaparen bienes o creen etapas innecesarias en la distribución y comercialización de bienes; a quienes destruyan bienes o impidan la prestación de servicios; a quienes se nieguen a vender bienes o prestar servicios o violen cualquier disposición que imponga la autoridad con carácter complementario o extensivo.

Las sanciones impuestas por la ley son de multas, arrestos de hasta noventa días, clausura del establecimiento hasta noventa días o inhabilitación para obtener o renovar créditos de toda entidad financiera hasta por dos años; asimismo, comiso de bienes, inhabilitación para ejercer el comercio y la función pública de uno a cinco años o suspensión del uso de patentes y marcas por tres años, y, en caso de especial gravedad, pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Los funcionarios administrativos quedan habilitados para requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilios comerciales o industriales, secuestrar documentación y apropiarse de bienes en infracción; así como a clausurar locales hasta por treinta días y solicitar al Poder Ejecutivo o autoridad que designe la detención preventiva de los presuntos infractores.

Las sanciones impuestas por la autoridad administrativa son apelables, dentro de los cinco días y en forma fundada, ante los jueces federales del interior, o del fuero en lo Penal Económico de la Capital Federal.

De mediar un estado de emergencia económica, se declaran de utilidad pública y sujetos a expropiación todos los bienes destinados a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, cultura e insumos para la industria. La indemnización equivale al precio de costo y hasta un 10% del valor que no podrá exceder el precio máximo fijado para el bien.

Asimismo, si hay una urgente necesidad pública, el Poder Ejecutivo puede secuestrar y vender los bienes, consignando judicialmente el precio obtenido.

La simple lectura del texto legal, cuya fuente fueron las normas sobre agio y especulación dictadas por el régimen fascista que imperó hasta 1955, revela que se aparta de los principios y garantías más elementales de la Ley Fundamental.

La Corte Suprema aceptó la validez de la ley con referencia a la facultad de imponer precios mínimos y máximos (28) .

La norma fue suspendida en 1991 por el decreto 2284/91, luego ratificado por ley con la salvedad de la facultad de dictar normas para regular la comercialización, intermediación, distribución o producción de bienes. El 8/7/1999 fue restablecida su vigencia por el decreto de necesidad y urgencia 722/99.

Precisamente, la aplicación de la norma fue dispuesta por el secretario de Coordinación Técnica, Mario G. Moreno, el 20/4/2006, mediante la resolución 1/06. Ni siquiera por un decreto del Poder Ejecutivo.

De manera arbitraria y confiscatoria impuso "precios de referencia" para los productos de la industria cárnica, con sujeción al régimen de la ley 20.680. Simultáneamente se prohibió la exportación de tales productos con el objeto de reducir su precio en el mercado interno, pero a un costo económico y social significativo: la vulneración de derechos adquiridos por los exportadores; la pérdida de mercados; la reducción o suspensión de actividades en los frigoríficos que acarreó la pérdida de miles de fuentes de trabajo; la merma de las inversiones en el sector ganadero y la reducción del stock ganadero.

## 266. Libertad económica

La libertad económica, que guarda una estrecha relación con la libertad de propiedad, abarca toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos. Las libertades de contratar, de practicar el comercio y la industria, de ejercer profesiones liberales y toda actividad susceptible de producir bienes quedan englobados en la libertad económica cuando persiguen una finalidad de tal índole.

Si bien la Constitución no menciona de manera expresa la libertad económica, en varias de sus cláusulas encontramos referencias a actividades que la configuran.

Así, la Ley Fundamental reconoce a los habitantes de la Nación el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, así como también el de navegar y comerciar (art. 14). Extiende a los extranjeros todos los derechos civiles reconocidos a los ciudadanos, con referencia expresa al ejercicio de la industria, comercio y profesión; posesión, compra y enajenación de bienes raíces, navegación de ríos y costas (art. 20). Establece la libre circulación territorial interna de los efectos de la producción o fabricación, géneros y mercancías de toda clase, ganados, carruajes, buques y medios de transporte (arts. 10 y 11). Dispone que el Congreso Nacional debe proveer lo conducente para promover la industria, 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, al tiempo que queda facultado para sancionar, a tales efectos,

leyes protectoras, concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo (art. 75, inc. 18). Este deber impuesto al Congreso por el art. 75, inc. 18 es concurrente con la facultad provincial prevista en el art. 125 de la Constitución.

El sistema económico de la Constitución está basado en la libertad y en el reconocimiento de la propiedad privada. Tengamos presente que los fines de la Ley Fundamental son la libertad y dignidad de las personas expresadas tanto en el ámbito político, como en el económico y filosófico. Sin libertad económica, no existe la libertad política ni la libertad que caracteriza a una convivencia social pacífica, armónica y respetuosa de los derechos de todos los habitantes. Asimismo, sin libertad política, no habrá libertad económica ni se manifestará aquel tipo de convivencia. Por otra parte, si no se garantiza aquella convivencia armónica, que presupone la plena vigencia de la Constitución, tampoco habrá libertad política ni económica. La libertad y dignidad anheladas por los constituyentes deben exteriorizarse en los tres ámbitos de modo simultáneo.

Probablemente, la cláusula constitucional más representativa del modelo económico forjado por los constituyentes es la llamada cláusula del progreso (art. 75, inc. 18, CN). La finalidad del sistema es la prosperidad del país y no del Estado.

Los medios para alcanzar ese objetivo son diversos. Pero, entre ellos, se destaca el desarrollo y progreso de la ilustración que permite capacitar a las personas para el logro de ese fin mediante su inserción en el conocimiento. Peter Drucker destaca que el cambio hacia el conocimiento y la educación son el pasaporte que permite el acceso a mejores actividades laborales y a ampliar las ofertas para el desarrollo económico de los individuos. Ese conocimiento no es selectivo, sino extensivo a todos los sectores sociales. Precisamente, a través del conocimiento, se revitaliza y otorga mayor jerarquía a uno de los factores de la producción empresarial que es el trabajo. Cuando a mediados del siglo XX comenzaron a desenvolverse las estructuras empresariales modernas, por muchos eran vistas "como un anacronismo que sería engullido en todas partes por la creciente marea socialista" forjada por la teoría de los intelectuales. Pero, la evolución operada en tales empresas, al menos en los países de avanzada, determinó "que ha sido el socialismo el que se ha convertido en anacronismo. En vez de considerar al capitalismo como una etapa en la ruta socialista, ahora parece, cada vez más, que el socialismo es una desviación en la ruta capitalista", y ello como consecuencia de la expansión "sin precedentes de la producción y la productividad, del comercio y de la inversión mundiales" operada en la segunda mitad del siglo XX.

Tal expansión ha sido fruto del conocimiento, el cual, lamentablemente, fue ignorado por algunas sociedades políticas que han quedado rezagadas en la carrera hacia el progreso.

El conocimiento permite optimizar los restantes instrumentos que contempla la cláusula del progreso: promover la industrialización, la explotación racional de las riquezas naturales y la inversión de capitales. Refiriéndose a este último factor de la producción, Alberdi escribía que "los capitales no son el dinero precisamente; son los valores aplicados a la producción, sea cual fuere el objeto en que consistan.

Para pasar de una mano a otra, se convierten ordinariamente en dinero, en cuyo caso el dinero sólo hace de instrumento de cambio o traslación de capitales, pero no constituye el capital propiamente dicho". Añade que los capitales se transforman y convierten en muelles, buques, fábricas, elementos para acelerar la producción agrícola. "Bajo cualquiera de estas formas o transformaciones que se consideren los capitales en la Confederación Argentina, ellos constituyen la vida, el progreso y la civilización material de ese país".

En el sistema constitucional argentino, la actividad económica está prevista, sustancialmente, como una actividad privada que es consecuencia del ejercicio de la libertad que ampara la Ley Fundamental. Sin embargo, a partir de 1930 cobró impulso una concepción de raíz socialista que, paulatinamente, fue desplazando a la actividad privada del ámbito económico para sustituirla por la actividad estatal.

En rigor, semejante concepción, fruto de la crisis económica producida después de la Primera Guerra Mundial, se había generalizado en Europa, forjando la creencia de que la intervención económica del Estado era el remedio más apropiado para satisfacer las necesidades materiales de los pueblos. Por esa vía, la economía dirigida y desarrollada por el Estado fue allanando la libertad económica privada, atrofiando la iniciativa individual y creando un sistema en donde la corrupción en la función pública era una modalidad corriente.

Durante varios lustros muchos creyeron que la economía dirigida era la milagrosa panacea, tantos años esperada, que por arte de magia solucionaría todos los problemas habidos y por haber en el campo de la economía de las naciones. Atribuyóse al Estado liberal la culpa de todos los males que afligían al ser humano, a la vez que se quería ver en la mano del Estado la providencia, la varita encantada, el único medio capaz de eliminar el sufrimiento y la miseria y de conseguir la felicidad del individuo en la tierra. Y en busca del vellocino de oro del bienestar económico, el individuo vendió su libertad por el plato de lentejas del intervencionismo que, luego de rebasar la órbita económica, invadió también el campo de lo político y hasta pretendió aherrojar los recónditos fueros del alma. Prometiéndose al hombre el bienestar material a cambio de la libertad económica, y a la postre, perdiendo ésta, no solamente no encontró aquél, sino que también viose privado de la libertad civil y política, que es lo que da razón de ser y belleza a su vida. Paulatinamente, el individuo fue abandonando, uno a uno, todos sus atributos en manos del Estado, el cual llegó a resolver, sin la intervención de los interesados, todos los problemas que afectan a la comunidad y sus miembros, y hasta a pensar por éstos. ¿Consiguió de esta manera el hombre el bienestar y la felicidad por cuyo logro pagó anticipadamente precio tan elevado? El resultado está claro a la vista, pues los hechos demuestran concluyentemente el completo fracaso del dirigismo económico, así como que una economía liberal y democrática, ordenada pero no planificada ni dirigida, fundada en el amplio respeto de la iniciativa privada y de los derechos fundamentales del hombre, es un marco adecuado para lograr una próspera economía nacional que asegure al mismo tiempo el bienestar de la comunidad y, a la vez, que el funcionamiento de un sistema económico semejante

en las diversas naciones del orbe es el único medio de alcanzar la prosperidad y el bienestar en todo el mundo.

El fracaso del dirigismo económico, al margen de cualquier elucubración teórica, es un hecho evidente a comienzos del siglo XXI. Décadas del más absoluto intervencionismo económico estatal sumergieron en la pobreza o en la más cruda miseria a los pueblos europeos que padecieron el totalitarismo comunista, a la Alemania nacional socialista y a la Italia fascista; impidieron el desarrollo económico de la España franquista y de Portugal, en su momento, y otro tanto sucedió en los países sudamericanos, sometidos a frecuentes rupturas de sus ordenamientos constitucionales y a regímenes dictatoriales con sus secuelas inevitables de corrupción y degradación espiritual del hombre. En todos estos casos, sugestivamente, el cercenamiento de las libertades económicas fue acompañado con la anulación de las libertades políticas y, en muchos de ellos, con las más devastadoras persecuciones raciales, sociales o políticas, que condujeron al aniquilamiento de millones de vidas humanas.

En cambio, en aquellos países que respetaron la iniciativa privada en materia económica, o que la restablecieron después de la Segunda Guerra Mundial, el nivel de la vida material y espiritual de sus poblaciones crece permanentemente, ofreciendo respuestas acertadas para satisfacer las múltiples necesidades sociales. Además, y también sugestivamente, en esos países se aplican sistemas políticos democrático constitucionales de neto corte personalista. Esto no significa que en ellos todas las necesidades sociales estén debidamente satisfechas, pero paulatinamente es cada vez mayor el sector de la población que accede a los beneficios que genera una actividad económica libre y privada.

Resultado muy ilustrativa la comparación de la evolución económica operada entre la otrora República Federal de Alemania (Occidental) y la Alemania Democrática (Oriental) durante los años 1945 a 1991.

En el caso concreto de la Argentina, la depreciación social del valor que conforma la propiedad privada determinó que fuera posible someterla a severas restricciones y desconocimientos en el curso de los últimos setenta años. Cada vez que se produjo una crisis económica, por la falta de aptitud e idoneidad de los gobernantes de turno para preverlas mediante la adopción de las medidas conducentes en tiempo oportuno, la solución consistió, invariablemente, en imponer restricciones arbitrarias a la propiedad privada y, por ende, a la iniciativa económica individual basada en el conocimiento y la creatividad. Pero lo cierto es que, con la salvedad de breves períodos, permanentemente estuvimos sumergidos en crisis económicas. Crisis que siempre se procuró remediar con desconocimiento de la propiedad privada y del rol fundamental que tiene su fuente primaria, que es el trabajo.

Por otra parte, en los lapsos que transcurrieron entre cada crisis, los gobernantes se esmeraron por introducir una serie de privilegios que, claro está, fueron y son solventados por la propiedad privada de los individuos, en desmedro de una mejora en las condiciones laborales y productivas.

La fijación de remuneraciones desproporcionadamente elevadas y ocultas bajo el título de "gastos reservados" para ciertos funcionarios públicos, las autorizaciones para incurrir en gastos extraordinarios, el incremento de los gastos reservados, los privilegios impositivos y la ejecución de proyectos y obras improductivas, en ausencia de controles eficaces para erradicar la corrupción de la función pública, fueron medidas que, con el curso del tiempo, terminaron por ser consideradas como indispensables y necesarias para la prosecución de la actividad estatal.

Sin embargo, todas ellas distaban de dar cumplimiento a las exigencias provenientes de la austeridad propia de la ética republicana. A ellas se añadieron las llamadas jubilaciones de privilegio, cuya inmoralidad no reside en el monto que perciben los beneficiarios, sino en el hecho de beneficiar a individuos que no cumplen con las condiciones que, a tales fines, impone la legislación ordinaria para el trabajador común. Además desnaturalizan la función social de tales previsiones al recaer, muchas veces, sobre individuos que prosiguen ejerciendo actividades lucrativas y así el haber jubilatorio se transforma en un ingreso adicional que no necesitan para la cobertura de sus necesidades primarias. Pero, ¿de dónde provienen los recursos afectados a satisfacer tan objetables privilegios?, pues de la propiedad privada individual.

En el del siglo XXI advertimos que la libertad económica aparece estrechamente relacionada con la libertad de empresa cuyo desenvolvimiento produce cambios profundos en las relaciones de aquélla. En la producción mundial, se reduce sensiblemente en porcentajes la generada por la actividad agrícola-ganadera, se mantiene la correspondiente a la actividad industrial y se opera un significativo crecimiento del área de servicios basada en la economía del conocimiento.

La expansión de la economía del conocimiento determinó que algunos países incrementaran las inversiones en el sector de la educación. Los índices de los bienes básicos y de la materia prima desprovista de valor agregado se han reducido a valores equivalentes al 20% de los que generaban a comienzos del siglo XX. Así, aquellos Estados que prosiguen compitiendo en el mercado internacional mediante la explotación de materias primas carentes de valor agregado son cada día más pobres.

El desarrollo de la economía del conocimiento se exterioriza objetivamente en la producción de patentes. Ellas comportan la venta de conocimientos que sirve de base a aquélla y que tiende a sustituir a una economía de bienes básicos.

Una muestra elocuente de esta evolución es la industria que comenzó a desarrollarse a partir de la determinación del genoma humano y que determina el actual desenvolvimiento de la industria farmacéutica, química y alimenticia, entre otras, en las economías modernas, con índices de riqueza similares a los que provenían, hace un siglo, de la explotación de las materias primas.

Este hecho innovador solamente es posible merced a la investigación y a la educación, con el consiguiente destino de importantes inversiones en esas áreas. El dinamismo en materia económica, de carácter esencialmente progresista y destinado a satisfacer nuevas necesidades de las sociedades modernas, sólo es

posible merced a la economía del conocimiento que presuponen aquella investigación y educación. Pero también, una amplia libertad que es la llave del progreso material de una sociedad.

#### 267. Defensa de la competencia

La libertad económica, en general, y la libertad de empresa, en particular, sin mengua de su relevante importancia para la satisfacción de las necesidades sociales e individuales, no tienen carácter absoluto a igual que las restantes libertades reconocidas y consagradas en la Ley Fundamental. Ellas deben adecuarse a los lineamientos establecidos en su art. 19, aunque teniendo en cuenta que las leyes reglamentarias no pueden conducir al extremo de desvirtuar tales libertades al superar los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución.

La libertad económica presupone que sus artífices desarrollan sus actividades conforme a los principios de la buena fe, que tipifican tradicionalmente a las relaciones comerciales, y conforme a ciertas reglas que apuntan a una convivencia armónica y leal, no solamente entre tales artífices, sino también en su relación con los consumidores y usuarios. Es que, sin buena fe y convivencia armónica, no habrá libertad económica sino un desenvolvimiento abusivo de los factores de la producción que no se compadece con la idea del bien común.

Para resguardar esa libertad económica se acude a la defensa de la competencia. Ella tiene por objeto establecer, directa o indirectamente, reglas de juego razonables que regulen los mercados económicos y la participación de sus protagonistas, aunque no solamente para proteger a los consumidores y usuarios. También, para consolidar la libertad económica por cuyo intermedio se procura concretar una distribución racional de los recursos; evitar las distorsiones artificiales en la distribución de los ingresos; sustituir, o limitar al máximo posible, la intervención directa del Estado en los mercados, con su secuela inevitable de ineficiencia, privilegios y corrupción; y generar mercados acordes con la organización política y social de una democracia constitucional.

La ley 25.156 de Defensa de la Competencia es una norma de naturaleza penal y reglamentaria de ciertos aspectos de la libertad económica, que prohíbe toda conducta, relacionada con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tenga por objeto limitar, restringir o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituya un abuso de una posición dominante en un mercado que pueda perjudicar el interés económico general. La ley no sanciona ni prohíbe el monopolio como tal, salvo si perjudica el interés general; tampoco sanciona las fusiones empresarias cuando procuran incrementar la eficiencia. No pretende tutelar al competidor o alguna persona en particular, sino a la competencia.

Entre los actos que prohíbe la ley figuran la fijación o concertación de precios o compra de bienes o servicios; establecer obligaciones de producir, distribuir o comprar una cantidad limitada de bienes; el reparto de zonas, mercados o clientes; impedir o trabar a terceros la entrada o permanencia en un mercado, así como lo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios; subordinar la venta de un bien a la

adquisición de otro; sujetar la provisión de bienes o servicios a la condición de no requerirlos a un tercero o enajenar bienes o servicios a precios inferiores a su costo con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado. En todos estos casos debe existir una lesión para el interés económico general.

Si bien la ley no prohíbe el monopolio, establece que se disfruta de una posición dominante cuando, para cierto producto o servicio, se es el único oferente o demandante en el mercado nacional, o en una o varias partes del mundo, o cuando sin ser único no está expuesto a una competencia sustancial.

El concepto de posición dominante resulta difícil de definir en abstracto con prescindencia de las circunstancias particulares de cada caso. Otro tanto acontece con el concepto de abuso de posición dominante. Su determinación sólo es posible por la autoridad administrativa y, en última instancia, por la autoridad judicial, una vez agotado el análisis de los elementos constitutivos de la conducta.

La ley no sanciona la posición dominante, sino el abuso de ella. La Corte Suprema, en el caso "YPF s/ley 22.262" (29), consideró que había abuso de posición dominante por parte de YPF si exportaba grandes cantidades de gas al tiempo que reducía la oferta del producto en el mercado local, con lo que se mantenía un alto nivel en el precio que pagaban los consumidores locales. Por otra parte, la empresa no había probado que el menor precio que percibía por la exportación obedeciera a razones de costo u otros motivos atendibles.

En los casos de concentraciones o fusiones relevantes de empresas, la ley establece que, antes de concretarse el acuerdo o dentro de la semana de su celebración, se deberá notificar el acto al Tribunal de Defensa de la Competencia. Dentro de los 45 días, ese organismo debe autorizar la operación, subordinar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones o denegar la autorización. Si el organismo no se expide en ese plazo, se entiende que la autorización se otorgó tácitamente. En los dos últimos casos la decisión adoptada es recurrible ante la Cámara Federal.

El propósito de tal norma es prevenir la distorsión que se puede producir en el mercado por la magnitud de la concertación o fusión. Por tal motivo, están exentas de esa notificación las adquisiciones de empresas en las cuales el comprador ya tenía más del 50% de las acciones; la adquisición de una única empresa local por parte de una única empresa extranjera que no posea activos o acciones de otras empresas en el país o la adquisición de empresas liquidadas.

La violación de las normas contenidas en la ley determina la sustanciación de un sumario conforme a las reglas del debido proceso legal, el cual puede concluir con el rechazo de los cargos imputados al presunto infractor o con su condena. Tanto las sanciones, que pueden consistir en multas o en el cese de una conducta, como también la desestimación de la denuncia por el organismo de aplicación, son apelables ante la Cámara Federal de la jurisdicción donde se produjeron los hechos cuestionados.

(1) Fallos CS 145:327.

- (2) Fallos CS 177:21.
- (3) Fallos CS 312:1121.
- (4) Fallos CS 312:2257.
- (5) Caso "AADI CAPIF ACR c. Catalinas Suites"; LA LEY, 2005-F, 243.
- (6) Fallos CS 329:5033.
- (7) Fallos CS 329:5051.
- (8) Caso "Piazolla c. Telefónica Argentina", resuelto el 3/9/2003, JA del 21/7/2004.
- (9) LA LEY, 10/7/2007 (caso "Gvirtz").
- (10) Fallos CS 296:590; 300:471, 655, 844 y 864; 303:1760; 304:792; 305:455, 1433, 2182 y 2250; 306:1644; 307:753, 1178, 1264 y 1302; 314:881 y 1854.
- (11) Fallos CS 315:158, 992 y 1209.
- (12) Fallos CS 136:161.
- (13) Fallos CS 137:47.
- (14) Fallos CS 172:21 del 7/12/1934.
- (15) Fallos CS 209:409 ("Roger Balet" del 3/12/1947).
- (16) Fallos CS 136:161; 137:47; 144:219; 162:21; 209:409; 238:76; 243:449 y 467; 264:344; 311:1804; 313:1513; 317:1462.
- (17) Fallos CS 325:28. La decisión unánime fue adoptada por los jueces Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano, Guillermo López, Adolfo Vázquez y Carlos Fayt según su voto.
- (18) En ese momento, el valor del dólar oscilaba entre \$ 1,70 y \$ 1,80.
- (19) Fallos CS 326:417.
- (20) La mayoría estuvo integrada con los votos de los jueces Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos Fayt, Guillermo López y Adolfo Vázquez. Votaron en disidencia los jueces Augusto Belluscio, Antonio Boggiano y Juan C. Maqueda por entender que, al no advertirse una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, resultaba inadmisibile la acción de amparo promovida.
- (21) Fallos CS 327:2905. La postura que había adoptado la Corte en defesna de la propiedad privada en los casos "Smith" y "San Luis" fue el factor decisivo que impulsó al presidente Kirchner a requerir la separación de sus cargos a algunos de sus integrantes. Así se concretó la renuncia de los jueces Nazareno y López, y la remoción de Moliné O'Connor. Con aplicación del efecto "dominó", posteriormente se consiguió igual resultado con los jueces Vázquez y Boggiano.
- (22) Caso "Bustos" (Fallos CS 327:4495).

- (23) Fallos CS 328:690.
- (24) Fallos CS 329:5913.
- (25) Casos "The River Plate Fresh Meat Co." (Fallos CS 100:323), "Sardi" (Fallos CS 171:87) y "Degó" (Fallos CS 242:84).
- (26) Fallos CS 311:2272.
- (27) Fallos CS 115:111; 128:435; 137:212; 196:463; 310:991; 312:451.
- (28) Fallos CS 310:2059.
- (29) Fallos CS 325:1702; LA LEY, 2002-D, 645; LA LEY, 2003-B, 228.

## CAPÍTULO X

### Libertad de trabajo y seguridad social

#### SUMARIO

- 268. Libertad de trabajo.
- 269. Constitucionalismo social.
- 270. Regulación constitucional.
- 271. Garantías del trabajo.
- 272. Condiciones de trabajo.
- 273. Duración del trabajo.
- 274. Retribución.
- 275. Retribución del sector público.
- 276. Control, participación y colaboración en aspectos empresarios.
- 277. Protección contra el despido y estabilidad.
- 278. Organización sindical.
- 279. Convenios colectivos de trabajo.
- 280. Representación gremial.
- 281. La huelga.
- 282. Seguridad social.
- 283. Regulación constitucional.
- 284. Seguro social.
- 285. Asistencia médica y derecho a la salud.
- 286. Células madre.
- 287. Trasplante de órganos.
- 288. Régimen jubilatorio.
- 289. Entidades de seguridad social, superposición de aportes y competencia.
- 290. Defensa de la familia.
- 268. Libertad de trabajo

El trabajo consiste en todos aquellos actos ejecutados por el hombre con el propósito de obtener los recursos o los medios que le permitan satisfacer sus necesidades.

Se trata de una definición genérica que abarca todo acto humano o conjunto de actos, ya sean de carácter intelectual, físico o mixto, cuyo objeto, directo o indirecto, reside en la obtención de un provecho, material o espiritual, idóneo para satisfacer las necesidades del individuo, aunque no queden plenamente colmadas, ya sea en forma total o parcial.

A este concepto global de trabajo se refiere el art. 14 de la Constitución cuando reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho de trabajar conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Sin embargo, en el lenguaje corriente la palabra "trabajo" alude a una especie particular, que es la actividad laboral prestada bajo relación de dependencia. Con ella, y sin perjuicio de la cláusula genérica del art. 14 de la Ley Fundamental, se relaciona el art. 14 nuevo de la Constitución, sancionado el 24/10/1957.

Su primer párrafo establece: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial".

Mientras que el art. 14 de la Constitución alude al trabajo en forma general, el art. 14 nuevo se refiere a una especie del género trabajo que es el trabajo bajo relación de dependencia.

Este último presupone una subordinación técnica, jurídica y económica.

La subordinación técnica significa que el trabajador debe acatar las órdenes que le imparte el empleador sobre cómo debe ser realizado el trabajo para el cual fue contratado.

La subordinación jurídica resulta de la facultad que le confiere la ley al empleador de dirigir, dentro de ciertos límites, la actividad productiva del trabajador. No implica, necesariamente, una relación de exclusividad. En el contrato de trabajo, la exclusividad no es un requisito esencial porque, salvo ciertas excepciones razonables, el trabajador tiene el derecho de tener dos o más empleos bajo relación de dependencia o sin ella.

La subordinación económica se traduce en la remuneración que tiene derecho a percibir el trabajador como contraprestación de los servicios que brinda bajo relación de dependencia o de los servicios que están a disposición del empleador aunque éste no los utilice.

La inexistencia de alguno de estos tres requisitos determina la ausencia de una relación laboral propiamente dicha a los fines del art. 14 nuevo de la Constitución.



En algunos casos, el concepto de relación laboral resultante del art. 14 nuevo de la Ley Fundamental fue extendido a actividades que disten de configurar una relación de subordinación. Más que regímenes de naturaleza laboral, se trata de sistemas de privilegio forjados por la intervención estatal en el comercio de bienes y servicios. Tal fue lo que aconteció con el decreto-ley 24.095/45, ratificado por la ley 12.921, que instauró una singular protección para la actividad de distribuidores y vendedores de diarios y revistas. Ellos no tienen, entre sí, alguna relación de dependencia, así como tampoco con las empresas editoras de tales bienes. Son eslabones independientes de una cadena de comercialización. El editor produce el bien, y conviene con un tercero su distribución a los vendedores del mismo.

El decreto 2284/91, ratificado por la ley 24.307, derogó ese régimen al establecer la desregulación del comercio interior de bienes y servicios, mediante la eliminación de todas las restricciones impuestas para su oferta. Como consecuencia, fue emitido el decreto 1025/00 del 4/11/2000, el cual dispuso que la distribución y la venta de diarios y revistas quedaban sujetas a un régimen de libre competencia y sin restricciones.

Drucker destaca que el surgimiento de los trabajadores de "conocimiento", a partir de la segunda mitad del siglo XX, permite advertir el crecimiento de ciertos trabajadores que, si bien son empleados, también revisten el carácter de capitalistas. Tienen un "jefe", y al mismo tiempo son "jefes" de sus subordinados. El conocimiento, que se ha transformado en un nuevo y fundamental factor de la producción económica, determina que "el trabajador de conocimiento" sea un colega y asociado, más que un subordinado, debido a la libertad que condiciona la manifestación de su excelencia.

A ese dinamismo, y salvando las distancias del caso, se refería José Ingenieros en 1925. El talentoso pensador escribía que "El derecho a la vida está condicionado por el derecho del trabajo. Todo lo que es orgullo de la humanidad es fruto del trabajo. Lo que es bienestar y lo que es belleza, lo que intensifica y expande la vida, lo que es dignidad del hombre y decoro de los hogares y gloria de los pueblos, la espiga y el canto y el poema, todo ha surgido de las manos expertas y de la mente creadora. El trabajo da vigor al músculo y ritmo al pensamiento, firmeza al pulso y gracia a las ideas, calor al corazón, temple al carácter. La perfección del hombre es obra suya. Sólo por él consigue la libertad y depende de sí mismo, afirmando su señorío en la naturaleza".

Ingenieros añadía que el trabajo es un deber social y que quienes viven sin trabajar están usurpando a los trabajadores una parte de su labor. Los segundos, con su trabajo y aportes, sostienen a la sociedad. Los primeros son parásitos de ella que se benefician con la actividad del trabajador. Quien no trabaja, o lo hace desprovisto de creatividad y entusiasmo, conforma la categoría del hombre mediocre. Decía que "la psicología de los hombres mediocres caracterízase por un rasgo común: la incapacidad de concebir una perfección, de formarse un ideal. Son rutinarios, honestos y mansos; piensan con la cabeza de los demás, comparten la ajena hipocresía moral y ajustan su carácter a las domesticidades convencionales".

## 269. Constitucionalismo social

En ese significado específico, atribuido corrientemente a la libertad de trabajo, tuvo particular gravitación el enfoque constitucionalista que Linares Quintana bautizó con el nombre de "constitucionalismo social".

El constitucionalismo social, fruto del carácter dinámico del movimiento constitucionalista, comenzó a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XIX como complemento del constitucionalismo individual, para concluir siendo incorporado a muchos textos constitucionales sancionados en el curso del siglo XX. No desconoce ni condena a las libertades individuales. Tampoco se opone al constitucionalismo individual o clásico. Se limita a considerar que, además del individuo, también son titulares de ciertos derechos económicos los grupos sociales y los propios seres humanos en su condición de integrantes de esos grupos, y no solamente en su condición de individuos.

Precisamente, uno de los aspectos revitalizados por el constitucionalismo social fue la llamada cuestión social, en particular los derechos del trabajador, concebido como sinónimo de quien presta servicios bajo relación de dependencia frente a un particular o el Estado. No es que hasta ese momento los llamados derechos del trabajador estuvieran desprovistos de tutela constitucional, sino que se consideró conveniente acentuarla mediante la incorporación de normas fundamentales específicas y asumiendo el riesgo de que su loable propósito fuera desnaturalizado de modo de provocar artificialmente un conflicto entre el individuo y el grupo social.

Sin embargo, constituye un frecuente y grave error, fomentado por algunas doctrinas políticas transpersonalistas, creer que el constitucionalismo social es una suerte de concepción clasista que aspira a proteger a los trabajadores frente a los empleadores. Ni el constitucionalismo clásico pretendió proteger a los patrones frente a los trabajadores, ni el constitucionalismo social pretende proteger al trabajador frente al patrono.

De todos modos, el tratamiento de la cuestión social en el constitucionalismo moderno no es uniforme. En las naciones latinas, y en algunas que suprimieron los totalitarismos que rigieron en ellas durante el siglo XX, la solución de la cuestión social suele ser enfocada jurídicamente mediante la sanción de complejas legislaciones sociales que prescinden de la gravitación ejercida por los factores económicos. En cambio, en las naciones anglosajonas, aunque no en su totalidad, la solución de la cuestión social es enfocada económicamente, procurando incrementar la producción y las fuentes de trabajo como instrumentos idóneos para dotar de dignidad a la actividad laboral.

Son dos concepciones diferentes. En la primera, la proliferación normativa tutela la actividad laboral y subordina a ella la actividad productiva empresarial sin advertir, muchas veces, que trabar la creatividad que presupone esta última redundaría, en definitiva, en perjuicio del propio trabajador. En la segunda, la tutela recae sobre aquella actividad empresarial a la que se procura someter a la menor cantidad posible de regulaciones que, en la mayoría de los casos, emanan de

normas generales referentes a la salubridad, seguridad y orden público, con la convicción de que la creatividad empresarial acarrea beneficios más intensos y perdurables para la dignidad del trabajador como reconocimiento a su capacidad y esfuerzo.

Esa disparidad en el tratamiento de la cuestión social también se expresa en la respuesta que se brinda en el siglo XXI al fenómeno de la flexibilidad laboral.

La concepción clásica, de carácter clasista, procura resguardar las conquistas sociales que fueron fruto del enfrentamiento con el industrialismo del siglo XIX. Se traduce en una postura conservadora reacia a admitir el dinamismo de los factores económicos por entender que el cambio acarreará perjuicios para el trabajador y su seguridad.

La concepción moderna considera que la relación laboral debe adecuarse a los cambios que, en los países progresistas, traen aparejado un sugestivo crecimiento económico. La economía del conocimiento incrementa el volumen de bienes y servicios para su consumo por la sociedad con una distribución más justa y al alcance de todos los sectores sociales. Su expansión impone una mayor flexibilidad laboral que no se compadece con el esquema estático imperante en los países que, por esa razón, no pueden ingresar competitivamente en la economía del conocimiento.

Constituye un grave error sostener que la cuestión social recién mereció la debida consideración durante el siglo XX.

Tampoco es acertada la visión que relaciona al liberalismo únicamente con la libertad económica y la libertad política. En rigor, el liberalismo no se limita a esos ámbitos sino que también se proyecta sobre la libertad social al imponer un estilo de convivencia basado en la armonía, el respeto recíproco, el pluralismo, la justicia social y el deber que tenemos, como escribía Esteban Echeverría en el Dogma Socialista: "queremos garantías sociales, la fraternidad entre todos, la libertad para todos, y la igualdad de derechos y deberes en todos y cada uno de los miembros de la familia argentina". Añadía, "Queremos, además, como instituciones emergentes, la democracia en la enseñanza, y por medio de ella en la familia; la democracia en la industria y la propiedad raíz; en la distribución y retribución del trabajador; en el asiento y repartición del impuesto (...). El proletario, entre tanto, es hombre como los demás hombres, y en virtud de la ley de Dios y de su naturaleza, en virtud de su derecho inviolable a la comunión con sus semejantes y el universo, tiene derecho igual al de todos a los goces de la familia, de la patria y de la propiedad; tiene sobre todo derecho a vivir y alimentarse con su trabajo".

Tampoco podemos olvidar que el reglamento provisorio sancionado por el Congreso de Tucumán el 3/12/1817 establecía en el Capítulo 7 de la sección I los deberes de la sociedad, y disponía que "el cuerpo social debe garantizar y afianzar el goce de los derechos del hombre. Aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse. Toda disposición o estatuto contrario a los principios establecidos en los artículos anteriores, será de ningún efecto". Semejante cláusula, formulada antes de que se desarrollara en

Europa la revolución industrial, reflejaba una idea: el deber de tutelar los derechos sociales, aunque no se les diera explícitamente esa denominación. Revelaba una interrelación del individuo y la sociedad mediante el reconocimiento de los deberes sociales que, como tales, presuponen la existencia de derechos sociales.

La interpretación teleológica, sistemática y progresista o dinámica fue receptada por la Corte Suprema al destacar que si bien la Constitución rescata los derechos del individuo, "no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias" y que, por ende, es indiscutible la validez de las leyes que prevén la indemnización por despido, los accidentes de trabajo, el descanso dominical y el trabajo de mujeres y niños (1).

En igual sentido se manifestó el paladín de los derechos sociales, Alfredo Palacios. Desde su banca expresó con la autoridad que le confería su trayectoria política que "He dicho antes de ahora que la Constitución de 1853 ha sido tachada de individualista. Lo es, sin duda, pero sólo en el sentido de reconocer al hombre derechos naturales anteriores al Estado; no en el concepto de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias reglamentarias. He afirmado también que el concepto de persona humana que consagra la Constitución de 1853 permite que de él surjan los derechos de los trabajadores".

En síntesis, las cláusulas económico-sociales y los derechos sociales estaban presentes en nuestro ordenamiento jurídico antes de las reformas constitucionales de 1949, 1957 y 1994.

## 270. Regulación constitucional

El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país el derecho de trabajar conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Sobre la base de dicha cláusula, fueron dictadas numerosas normas jurídicas reguladoras de la actividad laboral, conformando un marco legal independiente del Código Civil y de la legislación mercantil.

La libertad constitucional de trabajo se manifiesta primariamente en la potestad de toda persona para desarrollar o no una actividad laboral. Trabajar es una facultad y no una obligación constitucional.

En segundo lugar, y sujeto a las limitaciones fácticas, comprende el derecho de escoger un determinado tipo de trabajo y la persona del empleador con el cual se concretará la relación laboral. Este último aspecto, que se integra con la libertad contractual, faculta a las partes para determinar el contenido de la relación laboral. Pero no se trata de una libertad absoluta, ya que su ejercicio deberá adecuarse a las disposiciones ineludibles establecidas por las normas de orden público.

La reforma constitucional de 1957, además de incorporar el art. 14 nuevo, agregó la mención del Código del Trabajo y Seguridad Social a los textos legales cuya sanción compete exclusivamente al Congreso de la Nación (art. 67, inc. 11).

Conforme a esta cláusula, la legislación provincial en materia de derecho laboral, y en general sobre temas de derecho común, no es admisible, sin perjuicio de las particularidades que se presentan respecto de la regulación de la seguridad social y del ejercicio del poder de policía local.

Ya antes de la reforma constitucional de 1957, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de destacar que la determinación de la jornada de trabajo y su retribución hacen a la esencia del contrato de trabajo y son materias propias de la legislación nacional. De modo que, por haber sido tales materias reguladas por el Congreso Nacional, toda disposición provincial anterior a la legislación nacional debe considerarse abrogada siempre que se oponga a ella (2) . Asimismo, y con posterioridad a esa reforma, la Corte reiteró que la legislación provincial en materia de contrato de trabajo es inadmisibles pues, una vez dictada la legislación nacional regulatoria de ella, las provincias deben abstenerse de legislar. Sin perjuicio de ello, la regulación de la seguridad, moralidad e higiene, así como la aplicación jurisdiccional de las leyes comunes laborales y la determinación de las normas procesales, es facultad de las provincias conforme al reconocimiento de su poder de policía y a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución (3) .

Tal conclusión no impide que la legislación nacional convalide normas provinciales en materia laboral que, si bien difieren del régimen general, responden razonablemente a las particularidades de cada región.

El art. 14 nuevo comprende tres partes: 1) Derechos del trabajador con motivo de la relación laboral; 2) derechos de los gremios y de los representantes gremiales; y 3) derecho a la seguridad social.

Este conjunto de derechos no reviste carácter absoluto, sino que está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio dentro de los límites establecidos por el art. 28 de la Constitución.

Por otra parte, los principios contenidos en el art. 14 nuevo suelen ser clasificados en tres categorías: programáticos, operativos y confirmatorios.

Son cláusulas programáticas aquellas que requieren necesariamente de una ley reglamentaria para precisar sus contenidos y su consecuente aplicabilidad. Cláusulas operativas son aquellas cuya redacción permite la aplicación inmediata de sus principios sin necesidad de una ley reglamentaria. Cláusulas confirmatorias son aquellas que se limitan a constitucionalizar expresamente situaciones vigentes y reguladas por la legislación preexistente o reconocidas jurisprudencialmente y que, por no oponerse al texto constitucional, conservan su validez jurídica hasta tanto sean modificadas por una norma posterior.

La generalidad de las cláusulas del art. 14 nuevo revestía, al tiempo de su sanción, carácter confirmatorio. Entre las de carácter programático, cabe incluir las disposiciones referentes a la participación en las ganancias de las empresas, el control de la producción, la colaboración en la dirección y, en general, algunos aspectos de los beneficios de la seguridad social.

## 271. Garantías del trabajo

El art. 14 nuevo establece que el trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes, que deberán asegurar al trabajador determinados beneficios.

El derecho establecido por la Constitución es el derecho a trabajar y no el derecho a trabajar. Esto significa que toda persona tiene derecho a decidir libremente si desea o no trabajar. En caso afirmativo, tiene la potestad de buscar una persona interesada en concertar con ella una relación jurídica laboral, elegir una ocupación, con los límites impuestos por la demanda laboral, desempeñarla y cambiarla.

Esto no significa que la persona sea titular de un derecho subjetivo que la autorice a exigir del Estado o de un particular que se le suministre un trabajo. El Estado, entre sus deberes genéricos, tiene que crear las condiciones sociales y económicas que permitan forjar nuevas fuentes auténticas de trabajo destinadas a satisfacer las aspiraciones laborales de sus habitantes, pero éstos carecen de un derecho subjetivo para transformar en jurídica aquella obligación de naturaleza política y social.

La Constitución reconoce el derecho de trabajar y, simultáneamente, establece los beneficios mínimos que la ley reglamentaria deberá garantizar al trabajador: condiciones dignas de trabajo; duración del trabajo; una retribución por el trabajo; control, participación y colaboración en aspectos empresariales; protección contra el despido y estabilidad del empleado público.

Entre las garantías genéricas resultantes del derecho del trabajo, corresponde incluir la capacitación del trabajador. En una sociedad donde la economía del conocimiento y la aptitud individual del conocimiento son factores fundamentales para su progreso, resulta inconcebible que no se desarrollen políticas destinadas a incrementar la capacitación de las personas, incluyendo a los trabajadores.

Sin perjuicio de la amplitud asignada por la Constitución a las garantías laborales, en modo alguno significa que el derecho de trabajar y las potestades reconocidas al trabajador tengan carácter absoluto. Ese derecho y las potestades consecuentes se deben ejercer conforme a las leyes reglamentarias (art. 14 CN) y su relación con las previsiones constitucionales (art. 19 CN), en tanto deben la relación de razonabilidad y proporcionalidad que establece el art. 28 de la Constitución.

## 272. Condiciones de trabajo

El art. 14 nuevo de la Constitución establece que las leyes reglamentarias deberán asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor.

Condiciones dignas, honestas, decorosas razonables y justas son las que se compadecen con la naturaleza trascendente del ser humano y que descalifican todo trabajo inmoral, vejatorio para el hombre o nocivo para su salud física o espiritual.

Asimismo, en su faz positiva, se traducen en el establecimiento legal de condiciones apropiadas de higiene y seguridad, de facilidades y comodidades razonables en función del tipo de trabajo que se ejecuta o de las condiciones físicas del trabajador.

Estas condiciones, una vez reglamentadas por el legislador, generan un derecho subjetivo para el trabajador y la consecuente obligación del empleador de dar fiel cumplimiento a las exigencias legales.

Por otra parte, el Estado, en su carácter de instrumento coordinador para la concreción de la libertad y dignidad del ser humano, tiene el deber de controlar y velar por el cumplimiento de las normas regulatorias de las condiciones de trabajo.

Como las condiciones dignas y equitativas de labor varían en su contenido a tenor del dinamismo de la idea social dominante en la comunidad, ellas deben ser apreciadas en función de la realidad social y no de parámetros ideales aunque utópicos en un lugar y momento determinados.

Pero, al margen de tales variaciones, debemos tener siempre presente que, en tanto la finalidad de la Constitución es la libertad y dignidad del ser humano, el derecho a gozar de condiciones dignas y equitativas de trabajo resulta del hecho de que el trabajador es una persona y es titular de las prerrogativas inherentes a su condición humana que no pueden ser desconocidas por el Estado ni por los particulares.

#### 273. Duración del trabajo

El art. 14 nuevo de la Ley Fundamental dispone que las leyes reglamentarias deben asegurar al trabajador una jornada limitada de labor, así como también el descanso y vacaciones pagados.

En la Convención Reformadora de 1957, el convencional Carlos Bravo expresó que "la duración aceptada hoy casi universalmente, es de ocho horas, y ha sido implantada en el país por la ley 11.544 del año 1929, establecida únicamente para la industria, aunque hoy día se extiende a otras actividades". El reconocimiento, en 1957 de una situación ya vigente desde 1929, se extendió al descanso y vacaciones pagadas que también habían sido legislados, al tiempo que se establecía que las vacaciones debían ser previamente remuneradas.

Se trata de medidas que protegen física y espiritualmente al trabajador, basadas en razones científicas de carácter biológico, social, cultural y económico. Las jornadas laborales excesivas o los descansos insuficientes producen la fatiga, el desequilibrio emocional y la mecanización de la actividad laboral, que repercuten negativamente sobre la salud física y espiritual, sobre la convivencia del trabajador, sobre su capacidad creativa y sobre la eficacia de su labor. En definitiva, lesionan su dignidad.

Esto no significa que el trabajador libremente carezca de la facultad de ampliar la jornada laboral mediante la prestación de servicios en horas complementarias, sino que el empleador no puede exigir su cumplimiento, salvo en aquellos casos graves y razonables en que lo autorice la ley sin lesionar la salud y dignidad del trabajador.

#### 274. Retribución

La retribución, remuneración, sueldo o salario, como contraprestación que recibe el trabajador por los servicios que presta, está contemplada por el art. 14 nuevo de la Constitución. Éste dispone que la ley deberá asegurar al trabajador una retribución justa, un salario mínimo vital móvil e igual remuneración por igual tarea.

Retribución justa es aquella que, guardando relación con la calidad y extensión del trabajo, le permite al trabajador satisfacer razonablemente sus necesidades y las de su grupo familiar.

En la determinación del salario justo interviene un elemento social y un elemento económico. La remuneración debe ser suficiente para satisfacer aquellas necesidades, pero también debe tener en cuenta la productividad y las condiciones económicas de la empresa. La retribución debe ser suficiente para preservar la condición humana del trabajador y el cumplimiento digno de sus responsabilidades familiares. Pero su determinación no puede prescindir de los factores económicos, conduciendo a la fijación legal de salarios desmedidos que priven de rentabilidad a la empresa privada con reducción de las fuentes de trabajo o, en el caso de las empresas estatales, a la cobertura de las erogaciones salariales mediante el agravamiento de las cargas fiscales que pesan sobre la comunidad.

En principio, establecer el monto de la retribución laboral es una facultad de las partes contratantes que la pactan libremente. Su monto puede ser ampliado o reducido de común acuerdo por las partes, o mediante convenciones colectivas de trabajo.

Pero, sin perjuicio de ello, la Constitución aspira a que el legislador establezca el monto mínimo de esa remuneración que permita satisfacer las necesidades vitales del trabajador.

El principio de igual remuneración por igual tarea es una aplicación de la regla general de la igualdad contenida en el art. 16 de la Constitución. Su propósito es el

de proscribir toda discriminación por razones extrañas a la índole y calidad del trabajo.

La igualdad significa que a todos los iguales, en igualdad de circunstancias, les debe ser reconocida igual remuneración básica. Pero no se trata de una igualdad absoluta, porque las desigualdades en las tareas justifican salarios diferentes. La productividad, la eficacia del trabajo, la experiencia del trabajador, la rentabilidad empresarial, son algunos de los factores que justifican la desigualdad en materia salarial.

De modo que, si bien el principio de igual remuneración por igual tarea excluye toda discriminación, no prohíbe el reconocimiento de remuneraciones más elevadas que responden al rendimiento laboral. La nivelación hacia abajo no se compadece con el principio de la remuneración justa, porque no es justo que quien realiza un trabajo aceptable o mediocre sea equiparado con quien lo realiza con particular excelencia.

Este temperamento fue aceptado por la Corte Suprema, sin que se requiera una prueba del empleador sobre la mayor capacidad laboral del trabajador beneficiado con una remuneración mayor (4).

Si bien las remuneraciones son acordadas por las partes, ellas no pueden ser inferiores a las establecidas por las convenciones colectivas de trabajo y respecto de cada categoría. Asimismo, la Corte Suprema reconoció la validez de las leyes y decretos que imponen un incremento general de las retribuciones para preservar un nivel de vida adecuado del trabajador, o para restablecer su poder adquisitivo afectado por un agudo proceso inflacionario (5).

#### 275. Retribución del sector público

Los principios expuestos sobre la retribución para el sector privado son, en principio, aplicables al sector público aunque existe una diferencia sustancial basada en la naturaleza jurídica del vínculo que genera la relación de empleo.

Como consecuencia de ella, entendemos que el Estado tiene la potestad unilateral de reducir, bajo ciertas condiciones, la remuneración del sector público.

Esa reducción es constitucionalmente viable porque la intangibilidad de las remuneraciones del sector público carece de jerarquía constitucional con la salvedad prevista para el presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros del Poder Ejecutivo, los magistrados judiciales y los miembros del Ministerio Público (arts. 92, 107, 110 y 120 CN).

Al margen del debate doctrinario sobre si la reducción salarial debe ser efectuada por ley del Congreso, o si es suficiente un decreto del órgano ejecutivo del cual depende el personal administrativo, cabe tener en cuenta el tipo de relación jurídica que alcanza a este último.

La relación jurídica que une al empleado público con el Estado no surge de un contrato propio de la actividad privada, sino de un contrato administrativo

regulado por el derecho público. Y de ese derecho público emana la potestad irrenunciable del Estado para modificar las relaciones contractuales administrativas concertadas cuando, sin afectar derechos subjetivos adquiridos, así lo imponga la necesidad de satisfacer el bien común de la sociedad. Bien común que, como tal, está por encima de las necesidades y derechos en expectativa de los individuos que puedan ser afectados.

De todas maneras, la validez de la reducción está sujeta al cumplimiento de tres condiciones: 1) Que sea cuantitativamente razonable; 2) no vulnere el principio de igualdad en el sector público; y 3) no se trate de una forma encubierta destinada a soslayar el principio de estabilidad impuesto por el art. 14 nuevo de la Ley Fundamental.

Tal fue el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Guida" (6), cuando convalidó la reducción de los haberes correspondientes al sector público por el decreto 290/95 que fue ratificado por la ley 24.624. Sostuvo que las razones de emergencia económica invocadas por el Poder Ejecutivo y el cumplimiento de las tres condiciones citadas convalidaban la decisión. Máxime al considerar que, tras haber sido superadas las razones determinantes de la medida, ella había sido dejada sin efecto por el decreto 1421/97 a partir del 1/1/1998.

La Corte Suprema de Justicia reiteró su doctrina en el caso "Müller" (7), al declarar la validez de la reducción de las retribuciones para el sector público dispuesta por el decreto 430/00.

En el caso "Tobar" (8), la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 896/01 y del art. 10 de la ley 25.453 que lo convalidó. La norma cuestionada había establecido que, cuando los recursos presupuestarios estimados no fueren suficientes para atender todos los créditos presupuestarios previstos, se iban a reducir proporcionalmente los créditos correspondientes al sector público nacional de modo de mantener el equilibrio entre los gastos operativos y los recursos presupuestarios. La norma extendía su aplicación a los sueldos, haberes adicionales, asignaciones familiares, jubilaciones y pensiones.

La Corte consideró que era inadmisibles considerar las retribuciones del sector público como una variante de ajuste para la concreción del déficit cero. A ello se añadía la devaluación operada en el año 2002 y el envejecimiento de las remuneraciones, hechos que no se habían producido cuando se resolvió el precedente "Guida".

#### 276. Control, participación y colaboración en aspectos empresarios

El art. 14 nuevo de la Constitución dispone que la ley deberá asegurar al trabajador la participación en las ganancias de la empresa, con control de producción y colaboración en la dirección.

Se trata de una cláusula programática, cuya reglamentación resulta sumamente difícil debido a los innumerables inconvenientes técnicos que es necesario superar,

y también por el imperativo de preservar la armonía con las restantes libertades constitucionales.

La participación en las ganancias de la empresa no reviste el carácter de remuneración por la actividad laboral del trabajador, sino que compensa la circunstancia de estar integrado a una empresa y en la medida en que ella tenga rentabilidad. Ello conllevaría la participación del trabajador en las pérdidas de la empresa, con mayor razón si participa en el control de producción y colaboración en la dirección.

Todos los factores de la producción son objeto de una remuneración. El trabajo, el capital, la tierra y la dirección reciben una compensación. La remuneración del trabajo es el salario o sueldo que percibe el trabajador. La participación en las ganancias es la remuneración que corresponde al capital y la dirección de la empresa, y que la Constitución extiende a los trabajadores en tanto sean capitalistas o intervengan en la dirección empresarial.

El control y la colaboración no significan la cogestión ni la interferencia en la organización, conducción y política empresarial, sino la posibilidad de verificar la existencia de las ganancias a los fines de su eventual distribución.

Se trata de una cláusula que suscitó un intenso y controvertido debate en la Convención Reformadora de 1957.

En la Convención varios convencionales se opusieron al control de producción y colaboración en la dirección de las empresas. Consideraron que la cláusula era de neto corte económico y que no tenía relación alguna con la libertad de trabajo y acarrearía inconvenientes y graves dificultades para el desarrollo del país y su desenvolvimiento económico.

" Precisamente, las experiencias que pudimos advertir fracasaron. A partir de 1968, varias empresas que estaban al borde de la quiebra o en concursos que iban a desembocar en ella determinaron la intervención estatal y en esa oportunidad se dispuso que la conducción de ellas quedara a cargo de funcionarios gubernamentales y representantes de los trabajadores. Al poco tiempo, la ineptitud de ambos sectores, unida a ciertos inconvenientes económicos que padeció el país, desembocó en la desaparición de tales emprendimientos. Otro tanto aconteció en aquellos casos en que la conformación de tales empresas recibió la tipificación de cooperativas obreras. El razonable deseo de incrementar los ingresos de los trabajadores conduce a una administración económicamente ineficiente y, en definitiva, al cierre de la empresa por su escasa competitividad, con la consecuente pérdida de puestos de trabajo.

#### 277. Protección contra el despido y estabilidad

El art. 14 nuevo de la Constitución establece que la ley protegerá al trabajador contra el despido arbitrario y asegurará la estabilidad del empleado público.

El despido arbitrario es la rescisión unilateral del contrato de trabajo dispuesta por el empleador sin justa causa o sin causa legal. Si el despido tiene justa causa o si

está motivado por una razón aceptada por las leyes reglamentarias, deja de ser arbitrario y el trabajador queda al margen de la tutela constitucional.

La protección contra el despido arbitrario no significa que la Constitución apunte a garantizar la permanencia del trabajador en el empleo mediante la estabilidad. La estabilidad está prevista en la Constitución, aunque con referencia al empleo público. Esa protección tiene por objeto asegurar al trabajador contra los perjuicios injustificados que le ocasiona la ruptura de la relación laboral, sin llegar al extremo de coartar la libertad de contratación del empleador.

La Constitución no especifica cuál es la forma en que debe ser protegido el trabajador frente a un despido arbitrario. Se trata de una función reservada a la legislación reglamentaria que, conforme a la normativa laboral usual, se traduce en el derecho que tiene el trabajador para percibir del empleador el pago de una indemnización mínima. Se trata de una indemnización mínima por cuanto, si la ruptura de la relación laboral es arbitraria y lesiona algún derecho patrimonial o personal del trabajador, éste tendrá derecho a ser debidamente resarcido de ese perjuicio adicional, no ya en su condición de trabajador sino de individuo tutelado por los arts. 17 y 19 de la Constitución.

La regulación legal de la indemnización por despido arbitrario en el sector privado se basó en dos elementos. Uno de ellos es la indemnización objetiva, el derecho de cuya percepción por el empleado no requiere de prueba alguna sobre el monto del daño. Aunque el daño no exista, procede el resarcimiento. Otro es la fijación de montos máximos con el propósito de dotar de seguridad jurídica al sistema y evitar que, en ciertos casos, el monto de las reparaciones resulte exorbitante y carente de razonabilidad. De todos modos, consideramos que la fijación de tales topes no obsta al derecho del empleado para demandar un monto mayor acorde con el daño sufrido en resguardo de su derecho de propiedad. En esta hipótesis, el empleado debería acreditar el mayor valor del daño padecido.

La fijación de montos máximos fue impuesta por la ley 11.729 de 1934. Establecía una indemnización no inferior a la mitad de la retribución mensual por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses.

El art. 245 de la ley 20.744 dispone que corresponde abonar una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o el lapso inferior de prestación de servicios.

También resultan razonables los arts. 247 y 249 de esa ley que fijan una indemnización equivalente a la mitad de la citada en el párrafo anterior, cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a una causa de fuerza mayor, a la falta o disminución del trabajo no imputable al empleador y en caso de fallecer el empleador sin que se opere la continuidad de la actividad empresarial.

Se admitió la validez constitucional de las leyes que establecen un tope máximo para tales indemnizaciones. Así, el art. 245 de la ley 20.744 dispone que la base indemnizatoria no puede superar al equivalente de tres veces el importe mensual

de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento de su despido.

En diversos pronunciamientos la Corte Suprema declaró la validez del sistema. Así, en el caso "Villareal" (9) , destacó que corresponde al Congreso, en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del empleado contra el despido arbitrario, establecer las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, "sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia".

El 14/9/2004, al decidir el caso "Vizzoti"(10) , la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del tope establecido por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo para el caso concreto. Como el monto indemnizatorio fijado para un empleado jerárquico, cuya categoría no tenía previsión específica en los convenios colectivos, se fijaba sobre una base inferior al 10% de su haber mensual, consideró que no guardaba una razonable proporción "con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación".

En "Vizzoti", la Corte consideró que, si bien el régimen tarifado de indemnizaciones por despidos sin causa era constitucional, como en el caso concreto acarrea un resultado irrazonable, debía ser dejado de lado. En vez de buscar una solución equitativa en los convenios colectivos de trabajo afines a la actividad del accionante, la Corte sostuvo que la base salarial no podía ser inferior en más de un 33% de la mejor remuneración.

La ley 25.561, que estableció la emergencia pública, dispuso que las indemnizaciones por despido sin causa debían ser duplicadas con el objeto de preservar los empleos y evitar las extinciones de los contratos de trabajo. La norma fue prorrogada por diversos decretos de necesidad y urgencia que, además de no haber sido ratificados por ley, generaron conflictos referentes a los rubros computables para la indemnización, la entrada en vigencia de cada prórroga, el alcance de ellas —al considerar que, a mediados del año 2003, la emergencia económica había sido superada— y la fecha de caducidad.

Tales normas, al incursionar en temas netamente económicos, no consiguieron el objeto perseguido y, además, provocaron recelos para la creación de nuevos puestos laborales. Sobre el particular, Daniel Funes de Rioja destaca que "la protección contra el desempleo, termina siendo una desprotección del empleo o para la creación de nuevas fuentes de trabajo pues el esfuerzo económico que exige la creación de nuevos puestos difícilmente pueda coexistir con el proteccionismo a ultranza de los trabajadores que ya poseen un puesto de trabajo".

La protección constitucional contra el despido arbitrario se aplica a todos los trabajadores, tanto si su empleador es un particular como si lo es el Estado. Sin embargo, cuando se trata de empleados públicos, la Constitución establece una protección adicional que es la estabilidad.

La estabilidad significa que el empleado público no puede ser despedido sin la previa sustanciación de un sumario en el cual se acredite la comisión de un acto de

inconducta que justifique la decisión. Decisión de carácter administrativo que puede ser revisada judicialmente.

La estabilidad no es una garantía absoluta. El derecho a permanecer y conservar el empleo público debe ser ejercido de acuerdo con la legislación reglamentaria que, como tal, no puede llegar al extremo de negarlo en forma absoluta o desconocerlo parcialmente y de manera arbitraria (art. 28 CN).

Así, la jurisprudencia tiene resuelto que la garantía de la estabilidad para el empleado público no es aplicable cuando el despido está justificado legalmente, o cuando es consecuencia de la supresión del empleo, o cuando obedece a una política de racionalización del empleo, o cuando responde a motivos razonables de política económica, o cuando el cese del trabajo obedece a razones de incompatibilidad. Pero, en todos aquellos casos en que la ruptura de la relación laboral no obedece a causas imputables al empleado público, se hace efectivo el derecho del trabajador a percibir una indemnización del Estado (11).

#### 278. Organización sindical

El art. 14 nuevo de la Constitución Nacional establece que las leyes asegurarán al trabajador el derecho de organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

El derecho de los trabajadores para constituir organizaciones sindicales ya estaba reconocido en el art. 14 de la Ley Fundamental al disponer que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de asociarse con fines útiles conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Sobre la base de esta norma comenzó a desarrollarse la organización sindical en el país, muchas veces restringida por una legislación reglamentaria intolerante.

La inserción constitucional del art. 14 nuevo en 1957 debe ser interpretada como complemento específico en materia sindical de la libertad genérica de asociación, revestida de las características que ella establece. Es así que la organización sindical, si bien tiene sustento en la libertad genérica de asociación, debe concretarse conforme a las características asignadas por el art. 14 nuevo.

Tales características, aplicables específicamente a la libertad de asociación sindical por mandato constitucional, son: organización sindical libre, democrática y reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

La finalidad de la organización sindical es esencialmente gremial. El sindicato se constituye para defender los intereses profesionales de sus afiliados frente al empleador, el Estado y la comunidad. Otro tanto acontece con la actividad social destinada a mejorar las condiciones de vida del trabajador. Su actividad se concreta en el ámbito laboral, sin perjuicio de los matices políticos o sociales que pueda presentar.

La organización sindical debe ser libre en dos sentidos. En primer lugar, su constitución y desenvolvimiento deben ser independientes del gobierno. El objetivo del gobierno es materializar los fines del Estado en beneficio de toda la

comunidad y respondiendo a los lineamientos del bien común. El objetivo del sindicato es mucho más específico, pues debe limitarse a defender los intereses laborales de los trabajadores, que en un caso concreto pueden o no coincidir con aquellos lineamientos.

En segundo lugar, la libertad sindical presupone el derecho del trabajador para formar parte o no de una organización sindical. El derecho de constituir una organización sindical, de afiliarse a una ya existente o de desafiliarse es la esencia de la libertad sindical. Es el derecho del trabajador para asociarse libremente a un sindicato, dejando siempre a salvo su libertad de no asociarse y de elegir el sindicato afín con su actividad laboral.

Si bien en alguna oportunidad la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o de no afiliarse a ninguno, y que no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar quede supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación (12), este principio ha sido frecuentemente desconocido por la legislación reglamentaria, al establecerse la afiliación obligatoria y automática y el deber de los trabajadores de efectuar aportes en beneficio de los sindicatos, aunque no estén afiliados a ellos.

Tal solución, común en los sistemas políticos autoritarios, no se compadece con la libertad sindical de la Constitución.

La organización sindical, además de ser libre, debe ser democrática en cuanto a su constitución y funcionamiento. Esto significa que la organización sindical debe basarse en la participación de sus afiliados en la conducción de la entidad, reflejando la voluntad de los trabajadores a través de mecanismos idóneos de representación. Pero la organización democrática no se agota con los aspectos formales constitutivos de la entidad, sino que también se proyecta sobre su actuación tolerante y respetuosa de las leyes, tal como corresponde en el marco de un Estado de Derecho.

El reconocimiento legal de la personería jurídica de las organizaciones sindicales debe concretarse mediante la simple inscripción en un registro especial y previo cumplimiento de los recaudos formales razonables que establezca la ley. Esto presupone el pluralismo gremial, que es incompatible con el sistema de sindicato único establecido en su momento por el decreto 23.852/45 y que, con variables matices, se mantiene hasta la actualidad, en abierta violación del amplio y libre pluralismo gremial que preconiza la Constitución.

La distinción entre las asociaciones con personería jurídica y las dotadas de personería gremial lesiona la libertad sindical y promueve la consolidación del sindicado único. Si se consideran las atribuciones exclusivas concedidas a las asociaciones con personería gremial, es poco probable que los trabajadores tengan interés en afiliarse a las asociaciones con simple personería jurídica.

Si bien la Corte Suprema de Justicia, en algunos precedentes ya citados, había declarado la incompatibilidad de la libertad sindical con el sindicato único, fue categórica su decisión en el caso "Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo" (13).

Ante una presentación efectuada por la Unión del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, que tiene personería gremial respecto del personal del ámbito que abarca, la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales declaró la invalidez de la convocatoria a elecciones de delegados hecha por la Asociación de Trabajadores del Estado en el marco del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. Su decisión obedeció a que el art. 41 de la ley 23.551 establece que, para ser delegado del personal, se requiere estar afiliado al sindicato con personería gremial y ser elegido en comicios convocados por ese sindicato. Como el único sindicato que tenía personería gremial sobre aquel personal era PECIFA, la decisión de ATE estaba desprovista de validez legal.

La Corte consideró que existe una distinción fundamental entre el monopolio sindical instituido o mantenido por ley y el que voluntaria y libremente establecen los trabajadores. En los hechos, la ley 23.551, establece un monopolio sindical. Por tal razón, declaró la inconstitucionalidad de su art. 41, inc. a), por violar el derecho a la libertad de asociación sindical "en la medida en que exige que los delegados del personal y los integrantes de las comisiones internas y organismos similares previstos en el art. 40, deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta".

Por entender que la restricción emanada de la ley 23.551 carecía de razonabilidad para tutelar una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para preservar derechos ajenos, la Corte consideró que, en el caso concreto, correspondía revocar el desconocimiento del derecho de ATE.

#### 279. Convenios colectivos de trabajo

El art. 14 nuevo de la Constitución garantiza a los gremios el derecho de concertar convenios colectivos de trabajo. El convenio colectivo es un contrato relativo a las condiciones de trabajo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores, o una o varias asociaciones de empleadores, con una o varias organizaciones sindicales representativas de trabajadores y reconocidas por la legislación reglamentaria con personería gremial. Es obligatorio para todos los sectores que abarca, aunque no participen directamente en su concertación.

Conforme a la legislación laboral, la validez y vigencia de los convenios colectivos de trabajo están supeditadas a su homologación por la autoridad administrativa, y su obligatoriedad se extiende a todos los trabajadores y empleadores que desarrollen la actividad regulada por el convenio en su ámbito territorial de aplicación, aunque no formen parte de las entidades que los suscribieron.

Con respecto a esta última característica, si bien fue aceptada ya antes de la sanción del art. 14 nuevo de la Ley Fundamental, entendemos que es de dudosa



validez constitucional, por cuanto se opone al pluralismo gremial y a la libertad de asociación de los empleadores.

De todas maneras, las cláusulas de una convención colectiva no pueden impedir que, en forma individual, el empleador pacte con el trabajador condiciones de trabajo mejores a las contenidas en aquéllas.

La validez de los convenios colectivos, al margen de su homologación por el Ministerio de Trabajo, está condicionada a que se ajusten a la Constitución (14) , tanto a su texto como al principio de razonabilidad.

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia resolvió que el legislador no podía, apartándose del principio de razonabilidad, dejar sin efecto los beneficios otorgados a los trabajadores por un convenio colectivo (15) . El Estado no está habilitado para, de manera arbitraria y discrecional, alterar los convenios colectivos concertados libremente por las partes.

Cuando median razones de emergencia o interés público, la Corte Suprema tiene resuelto que los convenios colectivos pueden ser modificados o derogados por ley del Congreso, o por el órgano ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas delegadas o, incluso, mediante decretos de necesidad de urgencia (16) . Sin embargo, esta solución no sería viable cuando, con carácter preceptivo, un tratado internacional regula ciertas condiciones laborales. Ellas no pueden ser desconocidas, en perjuicio del empleado, por un convenio colectivo ni por una ley, salvo si esta última deroga el tratado.

#### 280. Representación gremial

El art. 14 nuevo de la Constitución Nacional establece que los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

Se trata de una garantía otorgada al trabajador, no a título personal, sino con motivo de la función gremial que desempeña. Su propósito es evitar la adopción de represalias o de medidas que lesionen arbitrariamente los derechos del trabajador durante el lapso en que ejerce la representación gremial, o que tras haber concluido su mandato, sean consecuencia de él.

Al margen de las medidas de protección razonables que puedan resultar de la legislación reglamentaria, la Constitución prevé expresamente la estabilidad del empleo para el representante gremial durante el ejercicio de su función, lo que puede extenderse a un lapso prudencial posterior a la cesación del mandato, a fin de evitar las represalias y las sanciones encubiertas cuya causa resida en actitudes adoptadas en el período anterior.

La protección constitucional se extiende solamente a los representantes de los gremios constituidos de acuerdo a la ley y cuyo mandato se oficialice conforme a las normas reglamentarias. Pero ella no impide el despido con causa justificada del representante gremial, ni la cesación del empleo por razones no imputables al empleador.

El art. 48 de la ley 23.551 dispone que los trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial o en organismos que requieran representación gremial, así como cargos políticos en los poderes públicos, dejarán de prestar servicios pues disfrutaban de una licencia automática sin goce de haberes. Asimismo, tienen derecho a la reserva de su puesto laboral y a ser reincorporados al finalizar el ejercicio de sus funciones, al tiempo que no pueden ser despedidos durante el lapso de un año desde que cesaran en sus mandatos, salvo que exista justa causa para el despido.

Estas cláusulas, en cuanto se aplican únicamente a los representantes de las asociaciones sindicales con personería gremial, serían cuestionables a la luz de la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo" (17) , con lo que serían extensibles a los delegados de las asociaciones sindicales que son personas jurídicas carentes de personería gremial.

#### 281. La huelga

El art. 14 nuevo de la Constitución, incorporado con la reforma constitucional de 1957, garantiza a los gremios el derecho de huelga. No se trata de un derecho individual del trabajador, sino de un derecho colectivo cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a los gremios conforme a la legislación reglamentaria.

Es un derecho gremial consistente en la abstención colectiva del trabajo dispuesta por un sindicato con el propósito primario, aunque no exclusivo, de defender, directa o indirectamente, intereses legítimos relacionados con la actividad o condiciones laborales de los trabajadores bajo relación de dependencia.

El derecho de huelga no estaba previsto expresamente en el texto constitucional antes de la reforma de 1957.

Esa circunstancia no fue obstáculo para que, merced a una interpretación dinámica o progresista, se reconociera el derecho de huelga y se le asignara tutela constitucional. Los constituyentes tuvieron la suficiente inteligencia y visión de futuro para dotar a la Constitución de la generalidad y flexibilidad necesarias que permitieran, a través de una interpretación dinámica o progresista de sus cláusulas, proyectarlas a situaciones e instituciones desconocidas al tiempo de su sanción, pero que se conjugaban perfectamente con los propósitos que inspiraron su redacción: la libertad y dignidad del ser humano.

Tal conclusión no disfrutó de aceptación uniforme. Con motivo de la reforma constitucional de 1949, el bloque mayoritario se opuso a la incorporación del derecho de huelga a la Constitución, por considerar que se trataba de un acto ilícito que vulneraba el orden jurídico establecido. Por tal razón, este derecho no figuraba en el texto de 1949.

En la Convención Reformadora de 1949, y para fundamentar semejante decisión, el convencional por la mayoría "peronista", Arturo Sampay, destacó que "si bien existe un derecho natural de huelga, no puede haber un derecho positivo de

huelga, porque, aunque esto haya sonado como un galimatías, es evidente que la huelga implica un rompimiento con el orden jurídico establecido que, como tal, tiene la pretensión de ser un orden justo, y no olvidemos que la exclusión del recurso de fuerza es el fin de toda organización social".

Debido al desconocimiento del derecho de huelga impuesto por la Constitución de 1949, se registraron numerosas privaciones de la libertad ambulatoria de trabajadores y dirigentes gremiales que expresaron su disconformidad con las condiciones laborales a que estaban sometidos. Uno de los episodios más relevantes se produjo con motivo de la huelga dispuesta en 1951 por los trabajadores estatales ferroviarios. En esa oportunidad, el Poder Ejecutivo emitió el decreto 1473/51 por el cual dispuso la movilización para prestar el servicio civil de defensa nacional al personal ferroviario (ley 13.234), que quedó sujeto al Código de Justicia Militar siendo equiparado a quienes prestaban el servicio militar obligatorio.

El derecho de huelga, como todo derecho, no es absoluto sino relativo, y está sujeto a los límites razonables que emanen de su reglamentación, tal como lo prescriben los arts. 14 y 28 de la Ley Fundamental. Del cumplimiento de tales límites depende la licitud o ilicitud en el ejercicio del derecho de huelga.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la circunstancia de que el derecho de huelga esté consagrado por la Constitución no significa que sea absoluto, ni que impida su reglamentación legal, ni la apreciación judicial de las circunstancias (18) , y cualquiera sea el alcance que se atribuya a la inserción del derecho de huelga en la Constitución es obvio que esta incorporación deja a salvo los demás derechos y garantías que la Ley Suprema asegura a todos los habitantes del país (19) . Por tal razón, la concesión del derecho de huelga con jerarquía constitucional no es obstáculo a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable de ese derecho (20) .

Como el derecho de huelga no es absoluto ni excluyente de los demás derechos constitucionales, no se puede impedir toda acción patronal contraria a los huelguistas, de modo que, si ella es declarada ilegal, tiene justa causa el despido del personal que no acató la intimación de volver al trabajo.

Por otra parte, no se concibe el legítimo ejercicio del derecho de huelga a través de la ejecución de actos de violencia sobre bienes o personas, porque ello es incompatible con el respeto de los restantes derechos constitucionales reconocidos a todos los integrantes de la comunidad. En igual sentido, el pago de los salarios correspondientes al período de la huelga solamente es exigible cuando está aceptada su legalidad.

El objeto de la huelga es la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores agrupados en el gremio que la declara. Ello conduce a descalificar las huelgas dispuestas por razones políticas o sociales desvinculadas de aquella finalidad. Otro tanto acontece con las llamadas "huelgas de solidaridad".

Admitiendo que la huelga no configura un derecho absoluto, se ha sostenido, con razón, que existen sólidos argumentos para negar esa potestad cuando se trata de la prestación de servicios públicos, a cargo del Estado o de los concesionarios, ya que constituye un deber ineludible de toda la sociedad asegurar la continuidad de los servicios públicos que posibilitan su desenvolvimiento elemental. Asimismo, y considerando que por su naturaleza de hecho coactivo la huelga debe ser el último recurso a emplear para presionar la solución de un conflicto laboral, su reglamentación debe ser estricta pero siempre razonable.

El art. 24 de la ley 25.877 dispone que, cuando se adoptan medidas de acción directa que involucran actividades calificadas como servicios esenciales, se deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Considera como tales a los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Añade que una actividad no incluida en esa enunciación podrá ser calificada, excepcionalmente, como servicio esencial. El decreto 272/06, reglamentario de la ley, asigna esa función a la Comisión de Garantías, regulada por la norma, la cual puede ser convocada de oficio o a pedido de las partes involucradas en el conflicto por el Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, para que determine si, conforme al texto legal, se cumplen las condiciones para formular aquella calificación.

La contracara del derecho de huelga es el lock-out . Consiste en las medidas de fuerza que puede adoptar un empleador o una entidad gremial de empleadores y que generalmente consiste en el cierre temporal del establecimiento empresarial o en abstenerse de prestar ciertos servicios, en forma total o parcial. Su fundamento constitucional reside en los arts. 19 y 33 de la Constitución que puede, eventualmente, ser objeto de reglamentación legal. Como esa reglamentación no fue dictada, en caso de producirse el lock-out corresponderá determinar si es razonable, proporcionado y equitativo, así como también las sanciones laborales, administrativas y civiles aplicables para el supuesto de no presentar tales características. Si bien el lock-out puede tener carácter ofensivo, normalmente se presenta como una herramienta de defensa aplicada por los empleadores para resguardar sus derechos frente a una huelga ilegal, o a actos de violencia perpetrados en perjuicio de los bienes de la empresa por sus trabajadores.

## 282. Seguridad social

La seguridad social, como producto del constitucionalismo social, es un concepto general, esencialmente dinámico, que se concreta en medidas legales destinadas a lograr el bienestar general citado en el Preámbulo de la Constitución.

La seguridad que se procura ofrecer a la comunidad en general y a sus integrantes en particular presupone una limitación a la libertad individual en función de las modalidades sociales y económicas contemporáneas. Ello no es óbice para que, en algún momento de la historia de la humanidad, el logro de la seguridad se pueda materializar sin acudir a aquella limitación. Sin embargo, el enfoque clásico

aplicable en la realidad actual torna necesaria aquella limitación siempre que sea razonable y no desnaturalice la cláusula del art. 28 de la Ley Fundamental.

El logro del bienestar general a través de la seguridad social es un objetivo imposible de concretar en forma inmediata. Su concreción, respetando la vigencia de la libertad, solamente es factible de manera progresiva en virtud de cubrir, paulatinamente, sus contenidos primarios mediante los productos del progreso tecnológico y económico de una sociedad.

Una de las primeras normas modernas referentes a la seguridad social fue la Social Security Act de 1937 dictada en los Estados Unidos. Se limitaba a tutelar a los ancianos, ciegos, niños, incapacitados y desocupados mediante la acción estatal financiada con sus recursos ordinarios. Se trató de la primera regulación de carácter orgánico y específico sobre el particular.

En la primera mitad del siglo XX, el concepto de seguridad social se limitó a la cobertura de ciertos riesgos que afectaban a los trabajadores que prestaban servicios bajo relación de dependencia. Pero, paulatinamente, la cobertura se fue extendiendo a todos los individuos. Concepción esta última que se adecua de mejor manera al ideal del bienestar general y de la dignidad humana que presupone.

En esa primera etapa del desarrollo del concepto de seguridad social, su contenido se concentraba en la adopción de medidas legales para la cobertura de ciertos riesgos biológicos, tales como la enfermedad, los accidentes, la muerte, la incapacidad, la vejez y otros similares, así como para la protección de la maternidad.

En una segunda etapa, su aplicación no se limitó a la cobertura, sino también a la prevención de tales riesgos y a la incorporación de otros siempre relacionados con la necesidad de preservar la dignidad humana. Tales fueron, a título de ejemplo, la defensa de la familia y el matrimonio, la protección de la infancia, la instrumentación de la jubilación y la compensación económica familiar, la educación en todos sus niveles, el resguardo de la familia, la creación de fuentes laborales, la protección para los desempleados y otras contingencias sociales cuya enunciación resulta imposible debido al dinamismo de la vida social.

La articulación de ese conjunto de medidas permite la conformación de una red de seguridad nacional que, en su versión contemporánea más óptima, se presenta en los países desarrollados. En ellos el sistema es sostenido por el Estado y con una importante complementación proveniente de la gestión altruista de entidades privadas sin fines de lucro.

Adolfo Buscaglia destaca que el sistema de solidaridad administrado por el Estado adolece de múltiples fallas y fomenta la corrupción. "El lamentable servicio que brindan muchos hospitales públicos, virtualmente desmantelados y la precariedad de algunos servicios de salud mentales, son prueba de ello".

La Corte Suprema de Justicia destacó que el Estado no podía omitir el cumplimiento de sus deberes en materia de seguridad social. Tal fue lo que

aconteció con el incumplimiento de la ley 25.724 que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación y que, en reglamentación del art. 75, inc. 23, de la Constitución, impuso su ejecución a las provincias y municipios.

En el caso "Rodríguez, Karina" (21), la accionante alegó que carecía de recursos suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de sus hijos y que, a tales fines, resultaba insuficiente el plan de asistencia social que recibía. Como la acción se planteó directamente ante la Corte, ésta declaró su incompetencia por entender que la obligación primaria impuesta por la ley 25.724 no recaía sobre el Estado nacional, lo cual impedía admitir su competencia originaria. Sin embargo, al considerar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora, decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y ordenó a la provincia de Buenos Aires y a la municipalidad de Quilmes proveer a los menores de una dieta que cubriera sus necesidades nutricionales básicas y velar por que se realizaran controles sobre la evolución de su salud.

### 283. Regulación constitucional

Con referencia a la seguridad social, el art. 14 nuevo de la Constitución establece que el Estado otorgará los beneficios propios de la misma, que tendrán carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; protección integral de la familia; defensa del bien de familia; compensación económica familiar; y el acceso a una vivienda digna.

Existen otras disposiciones constitucionales sobre seguridad social como instrumento para concretar el bienestar general que prevé el Preámbulo. Entre ellas, el art. 75, inc. 19, que impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la generación de empleo y la formación profesional de los trabajadores, así como también garantizar los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal.

También el art. 75, en su inc. 23, dispone que el Congreso debe promover medidas de acción positiva que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas. Asimismo, el Congreso debe dictar un régimen de seguridad social especial e integral para proteger a la niñez en situación de desamparo, desde el embarazo y hasta la finalización del período de enseñanza elemental. Régimen que se debe extender a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Entre las medidas y sistemas que, con base constitucional, se pueden instrumentar para concretar la seguridad social, cabe mencionar a las siguientes:

1) La asistencia social a cargo del Estado, que puede extenderse a toda la sociedad, o solamente a las personas que carecen de los recursos elementales para solventar

las prestaciones que necesitan. La primera de estas alternativas es la que aparece impuesta por las normas jurídicas ya citadas. El deber primario recae sobre el Estado, sin perjuicio de los servicios que, de manera subsidiaria, puedan prestar los particulares.

2) El seguro social obligatorio. Se puede instrumentar directamente con el Estado, con las entidades particulares autorizadas y fiscalizadas por el Estado o con entidades privadas desprovistas de ese control.

3) El seguro social voluntario, que puede coexistir y ser complementario del anterior.

4) Los servicios públicos de asistencia que organiza el Estado y aquellos que son desarrollados en forma privada con o sin fiscalización estatal.

5) Las jubilaciones, cuyo otorgamiento puede estar a cargo del Estado, de los particulares o mediante la instrumentación de un sistema mixto.

6) Las pensiones, cuyo régimen regulatorio puede ser similar al de las jubilaciones, sin perjuicio de las de carácter individual que puede otorgar el Congreso (art. 75, inc. 20, CN).

#### 284. Seguro social

El seguro social de carácter obligatorio está impuesto por el art. 14 nuevo de la Constitución. El contenido de su cobertura y los sujetos obligados a ingresar al sistema son determinados por la legislación reglamentaria.

Como regla general, están incorporados al sistema todos aquellos individuos que presten servicios laborales o profesionales de cualquier índole, así como también los integrantes de su grupo familiar. Ello no es óbice para que el Estado tenga el deber de amparar a las personas que no prestan tales servicios de manera regular. Tal es lo que acontece con los servicios de asistencia médica o con el otorgamiento de pensiones para la cobertura de ciertas contingencias.

Los costos del seguro social y, particularmente, de la asistencia médica básica deberían ser solventados con los recursos ordinarios que obtiene el Estado mediante el ejercicio de sus potestades impositivas. Sin embargo, en la práctica el grueso de esa cobertura proviene de los aportes que, por obligación legal, deben efectuar los particulares.

La obligación de practicar los aportes en materia de seguridad social y asistencia médica recae sobre las personas que prestan servicios bajo relación de dependencia, sus empleadores y quienes desarrollan tareas autónomas.

La ineficiencia del Estado en dar cumplimiento directo a sus obligaciones determinó la regulación de sistemas que transfirieron aquella carga a las obras sociales de diversas actividades, a las administradoras de riesgos del trabajo y, parcialmente, a las entidades de medicina prepaga.

Tal solución entendemos que no puede ser cuestionada constitucionalmente. Si bien el art. 14 nuevo dispone que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social, ello en modo alguno significa que la prestación de los servicios correspondientes deba ser efectuada, de manera excluyente, por el Estado. Otorgar tales beneficios significa estructurar un sistema que los torne efectivos, ya sea bajo la acción directa del Estado, o por entidades privadas sujetas al control y fiscalización del Estado, o mediante la aplicación de un mecanismo mixto. Otro tanto cabe sostener en materia de jubilaciones y pensiones. Lo que sí corresponde al Estado es la determinación de los servicios, su cuantificación y las condiciones a cumplir para tener acceso a ellos.

Esta interpretación permite avalar la constitucionalidad de la ley 24.557, que estableció el sistema de las aseguradoras de riesgos del trabajo, y de la ley 23.241, que hizo lo propio con las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.

La ley 24.557, que reformuló el sistema jurídico en materia de indemnizaciones por accidentes de trabajo que estaban a cargo del empleador, fue sancionada con el propósito de garantizar la prevención y el resarcimiento de los daños derivados de tales accidentes. Además, y como objetivos complementarios, se buscó el incremento de las inversiones privadas de riesgo, fomentar el ahorro, promover el crecimiento de la economía mediante tales inversiones, atraer capitales de inversión a largo plazo, mejorar la recaudación fiscal, reducir el trabajo ilegal y los costos laborales de los empleadores.

La labor que desarrollan las administradoras privadas no se limita al cobro de una prima para cubrir, con una indemnización dineraria, la producción del siniestro que afecte al trabajador. Su función es mucho más amplia.

Por una parte, tienen a su cargo la administración de los fondos que recauda el Estado provenientes de los trabajadores en relación de dependencia, de los empleadores y trabajadores autónomos. Estos fondos deben ser invertidos por las administradoras en los rubros que determina la ley, asumiendo el consecuente riesgo empresario.

Con tales fondos deben prestar una serie de servicios que hacen a la seguridad social. Entre ellos, se encuentra la prevención de los accidentes de trabajo en virtud de implementar y fiscalizar la ejecución de las medidas de seguridad e higiene que la ley impone a los empleadores; la cobertura de la asistencia médica y farmacéutica que demande la curación del daño provocado por el accidente de trabajo o enfermedad profesional; la prestación de prótesis, ortopedia y tratamientos de rehabilitación; la recalificación profesional del trabajador de modo de determinar las áreas laborales en que puede prestar servicios; y la prestación de servicios funerarios.

Mediante el sistema implementado, el trabajador afectado no asume el riesgo de la insolvencia del empleador, como acontecía antes de ser sancionada la ley 24.557, y este último no queda sujeto a una responsabilidad directa que puede afectar considerablemente la prosecución de su actividad empresarial. Por otra parte, para percibir el resarcimiento del daño laboral, el empleado se beneficia con la fijación

administrativa de un régimen tarifado que, para cada caso, es determinado por una junta médica oficial ante la cual denuncia el daño sufrido, sin tener que litigar con su empleador.

Las bondades del sistema se han visto parcialmente deterioradas por tres factores.

El primero reside en que los cobros de los aportes están a cargo del Estado, el cual no siempre actúa con la eficiencia debida y, además, por la percepción de ellos se imponía, a las administradoras, el pago de una tasa de recaudación y de comisiones bancarias.

El segundo consiste en la demora, no menor a tres meses, en materializar la transferencia de los fondos recaudados a las administradoras. Fondos con los cuales, y durante ese lapso, se financia gratuitamente la actividad estatal.

El tercero se tradujo en el perjuicio ocasionado por el Estado por la pesificación dispuesta en enero de 2002 sobre los fondos que, en moneda extranjera, las administradoras habían invertido en operaciones financieras bancarias y en la adquisición de títulos de la deuda pública nacional.

El sistema fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia (22) . Se aceptó la validez del tope indemnizatorio que establezca la autoridad administrativa; que el empleador no responde por los daños causados por su culpa, los cuales son resarcidos por el sistema; y que el empleado sólo puede demandar al empleador por un resarcimiento mayor al tarifado para el daño cuando es ocasionado por la conducta dolosa del empleador .

Al decidir el caso "Gorosito" (23) , del 1/2/2002, la Corte Suprema destacó que el legislador puede crear un sistema específico para la reparación de los daños del trabajo. Con la ley 24.557 se establecieron prestaciones en dinero y atenciones médicas integrales para la cobertura de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales generadores de una incapacidad total o parcial, temporal o permanente, con la particularidad de que las primeras se traducían en prestaciones periódicas y no en un pago único, lo que relacionaba el régimen con el sistema previsional.

El procedimiento tradicional de la prestación única a cargo del empleador, que generalmente era precedido por la sustanciación de juicios laborales, cuya duración se prolongaba durante años y, cuando concluía favorablemente para el trabajador, le generaba una quita del 20% al 30% de la indemnización en concepto de honorarios de sus abogados, fue sustituido por un régimen donde la determinación y revisión de las incapacidades estaba a cargo de comisiones médicas cuyas conclusiones eran recurribles administrativa y judicialmente.

Los empleadores estaban exentos de toda responsabilidad civil, salvo si el daño era provocado por su dolo. En tal caso, el damnificado, sin perjuicio de poder acceder a los beneficios de la ley 24.557, podía reclamar la reparación de los mayores daños que hubiera sufrido acudiendo a las normas del Código Civil y promoviendo una acción judicial civil.

La Corte entendió que la validez del art. 39 de aquella ley, que limitaba el acceso a la reparación civil, no era absoluta porque no es posible establecer en abstracto que esa norma conduce inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas.

En el caso "Aquino", resuelto el 21/9/2004(24) , la Corte modificó parcialmente su criterio al declarar la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1º, de la ley 24.557. Consideró que, en el caso concreto, el monto indemnizatorio establecido para el empleado que sufrió un accidente de trabajo era irrazonable porque solamente abarcaba los daños materiales sin proteger la integridad psíquica, física y moral del empleado. Pese a que no había mediado dolo del empleador resolvió que el empleado podía reclamarle la indemnización de la totalidad de los daños que había padecido.

Consideramos que el criterio adoptado por la Corte Suprema en el caso "Aquino" fue dogmático y que bien pudo, en el caso concreto, seguir la estructura brindada en el caso "Gorosito".

Allí, la Corte consideró que no "se ha demostrado en el sub examine que la aplicación de la ley 24.557 comporte alguna postergación o, principalmente, la frustración del derecho al resarcimiento por daños a la integridad psicofísica o a la rehabilitación", y añadió que las limitaciones de la ley 24.557 "no son susceptibles de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado".

En el caso "Aquino" la Corte dispuso la inaplicabilidad parcial de la ley 24.557 porque, precisamente, y en el caso concreto, se había acreditado la existencia y realidad de ese menoscabo sustancial al derecho invocado por el interesado.

De manera que, en ambos casos, la Corte consideró que la ley disfrutaba de la presunción de constitucionalidad. En "Gorosito", esa presunción no fue alterada con la prueba producida. En cambio, en "Aquino", y sobre la base de circunstancias fácticas, la Corte estimó que esa presunción había sido desarticulada con la prueba producida.

En síntesis, la presunción de constitucionalidad que acompaña a la ley 24.557 desde su entrada en vigencia debe ser respetada por el Poder Judicial y solamente puede ceder en un caso concreto cuando acarrea una manifiesta, sustancial e intolerable lesión ya que, como bien ha dicho la Corte Suprema, "no incumbe a los jueces, en ejercicio regular de su misión, sustituirse a los Poderes del Estado en atribuciones que les son propias, ya que la función más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros Poderes y jurisdicciones" (25) .

La desarticulación parcial del sistema implantado por la ley 24.557 fue acentuada en los casos "Castillo" (26) y "Milone" (27) .

En el primero, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1º, de la ley 24.557 que disponía la competencia de la justicia federal para entender en

los recursos deducidos contra las resoluciones de las comisiones médicas con asiento en las provincias. Consideró que el legislador no podía restringir la jurisdicción de los tribunales provinciales cuando regula materias propias del derecho común.

En el segundo, la Corte Suprema entendió que si bien el art. 14.2.b de la ley 24.557 no es constitucionalmente censurable al establecer que, para ciertas incapacidades, la reparación dineraria debe ser satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora de reproches si no prevé excepciones para los supuestos de incapacidades severas. Ello siempre que, en el caso concreto, se acredite que el sistema de pago periódico impide el cumplimiento de la finalidad reparadora que prevé la ley 24.557.

#### 285. Asistencia médica y derecho a la salud

Una de las funciones fundamentales del Estado consiste en desarrollar, directamente, la medicina preventiva y curativa en resguardo del derecho a la salud. Ella, en su momento, fue ejecutada eficientemente a través de los hospitales públicos gratuitos. No solamente prestaron un servicio fundamental para la sociedad, sino también contribuyeron a la capacitación profesional de los médicos.

Paulatinamente, se fue deteriorando el rol estatal en materia de salud debido a la insuficiencia de recursos y a la deplorable administración de los existentes. La ineptitud del Estado no pudo satisfacer la complejidad de la medicina moderna que requiere de crecientes recursos materiales y humanos.

El derecho a la salud se traduce en la potestad del individuo para exigir su satisfacción al Estado, el derecho a que nadie perjudique su salud y el derecho a recuperar la salud.

La Corte Suprema tiene resuelto que el Estado debe proteger la salud pública (28) , como así también que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, del cual es secuela el derecho a la salud (29) . La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas (30) . El Estado tiene el deber de asegurar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependan o los entes de obra social a que estén afiliados (31) . Asimismo, tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del sida (32) .

También tiene resuelto la Corte que existe una íntima relación entre las enfermedades graves y el derecho a la vida (33) , con la consecuente obligación de la autoridad pública para garantizar ese derecho con acciones positivas.

La crisis del hospital público fue la causa del surgimiento de las obras sociales de medicina y, posteriormente, del auge de las empresas privadas de medicina prepaga. Su desarrollo se concreta mediante una relación contractual voluntaria en la cual el afiliado queda obligado al pago periódico de un abono y la empresa, a prestar los servicios médicos y hospitalarios concertados.

Es un contrato de derecho privado y no de derecho público, bilateral, oneroso, de ejecución continuada y que, generalmente, se celebra con las características de un contrato de adhesión. Esta modalidad determina que, por vía administrativa o judicial, se procure evitar la inclusión de cláusulas abusivas o manifiestamente extrañas a los principios de buena fe que deben regir en las relaciones contractuales (34) .

Si bien esos emprendimientos surgieron de manera espontánea para satisfacer una necesidad social, pronto quedaron sujetos a una serie de regulaciones estatales mediante la imposición de programas médicos obligatorios que, muchas veces, abarcan prestaciones médicas sumamente onerosas que desembocan en un encarecimiento de los servicios traducido en el incremento del precio que paga el abonado o, en su defecto, en la prestación de servicios de menor calidad.

En ambos casos se manifiesta un riesgo. En el primero, el retorno a un precario hospital público de los abonados que no cuentan con recursos suficientes para afrontar el alza de las cuotas. En el segundo, la pérdida de la excelencia que siempre caracterizó a la medicina privada.

Como modelo de esta crítica, cabe citar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia al resolver el caso "Cambiaso de Nealon c. Cemic" (35) , en el que la mayoría del tribunal confirmó la resolución que había condenado al Cemic a entregar a un afiliado menor de edad la medicación psiquiátrica solicitada y una silla de ruedas plegable con características especiales. Sostuvo que el contrato que une al afiliado con la entidad de medicina prepaga es un contrato de adhesión, cuyas cláusulas deben ser interpretadas de la manera más favorable al consumidor.

También se ha resuelto que el incumplimiento de los servicios por una federación médica gremial, en su carácter de entidad de medicina prepaga, constituye una violación a la ley que tutela los derechos del consumidor. Por ser así, es válida la sanción aplicada por la autoridad administrativa como consecuencia de la denuncia formulada.

Resulta innegable que la seguridad social debe estar asegurada por el Estado y que su concreción, por vía directa, tendría que estar a su cargo, sin perjuicio de las prestaciones complementarias que puedan provenir del sector privado. La paradoja reside en que el Estado transfiere su obligación primaria a ese sector y, simultáneamente, mediante una regulación propia de un servicio público estatal, le impide a los emprendimientos privados satisfacer, con un grado elevado de excelencia, las necesidades que determinaron su conformación.

En esta área, como en tantas otras atinentes a la seguridad, al claudicar el Estado en su deber de satisfacer las necesidades sociales, la actividad privada cubre los vacíos en respuesta a una demanda colectiva, pero mal se puede exigir legalmente que ella supla la inoperancia del Estado.

#### 286. Células madre

En el marco del derecho a la salud se plantean las soluciones para los problemas suscitados, en el curso de los últimos años, con motivo del uso de las células madre y el trasplante de órganos. Se trata de algunos de los casos surgidos debido a los importantes progresos registrados como consecuencia de la investigación médica.

Las células hematopoyéticas, usualmente conocidas como células madre, se encuentran en los vasos placentarios y en el cordón umbilical que unen a una mujer embarazada con el niño por nacer. Son órganos propios de este último que se obtienen inmediatamente después de su nacimiento.

La sangre que contiene esas células madre puede ser preservada, por decisión de la madre o el padre, para el supuesto caso de que, en el futuro y por razones médicas, resulte conveniente o necesario hacer un uso autólogo de las células para el tratamiento de ciertas enfermedades que padezca el titular de ellas, que es el hijo.

En algunos casos las células madre pueden ser utilizadas para efectuar trasplantes de manera similar a las de la médula ósea; el tratamiento con altas dosis de quimioterapia, seguido del rescate hematológico con determinadas células madre, es un tratamiento apropiado de personas con neoplasias hematológicas, como la enfermedad de Hodgkin; también estaría demostrado que la diabetes infantil, hasta ahora considerada de difícil curación, podría ser tratada mediante el uso autólogo de la sangre del cordón umbilical de los niños afectados; asimismo, se considera que las células madre podrían cumplir una función esencial en la medicina regenerativa; otro tanto en las terapias celulares como es la ingeniería de tejidos que, en el ámbito de la medicina, está en pleno desarrollo. En síntesis, se acepta que la utilización de las células madre es una alternativa médicamente válida para preservar o restablecer la salud en ciertos casos concretos sin vulnerar los principios de la bioética.

Las células madre pueden ser objeto de un uso autólogo o alogénico. En el primer caso, se aplican sobre el cuerpo de la persona de la cual fueron obtenidas. En el segundo, se aplican sobre el cuerpo de otro.

Como corolario de las investigaciones realizadas, en el ámbito privado —y en menor escala en el ámbito público— fueron organizados establecimientos médicos provistos de los recursos tecnológicos necesarios para la conservación de las células madre.

A tal fin, se concretan actos jurídicamente lícitos que consisten en contratos celebrados entre tales establecimientos y los padres de un niño por nacer. En virtud de ellos, los establecimientos médicos se obligan a la concentración, criopreservación y almacenamiento en estado de congelación de las células madre y a permitir su uso cuando así lo requiera la contraparte. En definitiva, se trata de un acuerdo cuyo objeto es la guarda y conservación de una cosa propiedad del depositante —el niño—, con una finalidad expresamente determinada.

Cabe acotar que en los establecimientos privados se prevé el uso autólogo de las células madre. En cambio, en los establecimientos públicos, se contempla el uso

alogénico, que solamente es posible cuando existe compatibilidad entre su generador y el destinatario.

¿Puede el Estado regular el uso de las células madre? No cabe duda de que puede hacerlo siempre que esa regulación sea razonable y no lesione arbitrariamente los derechos de las personas involucradas. Así, mediante la ley 25.932 se creó el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas con sede en el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), que es el organismo de aplicación de la ley. Pero esa norma se limita a regular la creación de un registro de donantes de células madre para su uso alogénico.

Sin embargo, en varias oportunidades se ha propiciado una reglamentación que, vulnerando el principio de legalidad, incurre en una arbitraria lesión para los derechos que asisten a los titulares de las células madre. Aspira a que las células madres que se colecten en lo sucesivo para usos autólogos sean inscriptas en el Registro y queden disponibles para su uso alogénico.

La validez constitucional de semejante reglamentación sería altamente cuestionable en la medida que permite hacer uso de parte del cuerpo de un ser humano sin su conformidad y hasta contra su voluntad.

#### 287. Trasplante de órganos

El trasplante de órganos y tejidos humanos tiene por objeto preservar el derecho a la salud, ya sea directamente o mediante la investigación médica.

Consiste en la ablación de tales órganos o tejidos para su implantación, de cadáveres humanos a seres humanos o entre seres humanos. También abarca la ablación que responde a objetivos de investigación. Se trata de una técnica médica que se ha desarrollado intensamente desde mediados del siglo XX con resultados cada vez más satisfactorios. Está regulada por la ley 24.193, con las reformas introducidas por la 26.066.

Toda persona mayor de 18 años de edad puede manifestar su decisión de autorizar la ablación de los órganos de su cuerpo, una vez que se produzca su fallecimiento, para ser implantados en seres humanos o con fines de investigación médica. Esa autorización o sus alcances pueden ser revocados o modificados en cualquier momento.

La ley establece una presunción de donación de órganos por la persona fallecida, aunque ella no es absoluta. Si la persona deja constancia expresa de su oposición a que se realice la extracción de sus órganos o tejidos después del fallecimiento, esa voluntad debe ser respetada.

Asimismo, si la persona fallecida no expresó su voluntad de oposición, ya sea total o parcial, el legislador considera viable la ablación. Pero, previamente, se deberá indagar sobre cuál era la voluntad del causante para lo cual se requerirá la declaración del cónyuge que convivía con el fallecido o de la persona que cohabitó con él durante no menos de tres años; de los hijos mayores de 18 años; de los

padres; de los hermanos mayores de 18 años; de los nietos mayores de 18 años; de los abuelos; de los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; de cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado y del representante legal, tutor o curador.

Si bien la ley exige respetar la voluntad manifestada expresamente por el causante, o a través de las personas a él allegadas, si no se exterioriza la voluntad de oposición, el Estado se atribuye la potestad de disponer del cadáver humano a través de una especie de socialismo orgánico, pues los restos cadavéricos se consideran de uso común.

La donación de órganos para su trasplante puede ser realizada y concretada en vida del donante, siempre que el hecho no determine su muerte. Su concreción requerirá de la previa autorización judicial.

#### 288. Régimen jubilatorio

El art. 14 nuevo de la Constitución federal dispone que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social y, entre ellos, establecer por ley un sistema de jubilaciones y pensiones móviles.

Antes de la reforma constitucional de 1957 ya existían en la Argentina sistemas previsionales. Basados en el sistema de seguridad social implantado en Alemania, imponían al Estado la obligación primaria de satisfacer las necesidades de la seguridad social. Sucesivamente fueron creados legislativamente los sistemas previsionales para los trabajadores de la Administración Pública (1904), la caja jubilatoria para los empleados ferroviarios (1915), la caja para los trabajadores de los servicios públicos (1921) y el régimen para los empleados bancarios (1923). En 1939 se implementaron los sistemas para el personal civil de la marina mercante, aeronáutica, personal gráfico y periodistas. En 1944 se organizó la caja de empleados de comercio y en 1945 la correspondiente al personal de la industria.

El régimen jubilatorio, abarcativo de las pensiones, está estrechamente relacionado con la dignidad humana que, junto a la libertad y el progreso, son las metas fundamentales de nuestra Ley Fundamental. Tiene por objeto asegurar la subsistencia digna de aquellos que no pueden, por razones de salud, proseguir prestando servicios laborales, así como también a las personas que, en un momento avanzado de sus vidas, deciden voluntariamente cesar en la prestación de actividades laborales o productivas.

El beneficio económico que recibe el jubilado integra su derecho de propiedad privada. Quien recibe una jubilación o pensión no puede ser privado de ella a menos que, con los alcances que fije la ley, decida retornar a la actividad productiva. Pero esto último solamente puede acarrear la suspensión total o parcial del haber jubilatorio, pero no su agotamiento porque se trata de un derecho ya adquirido e irrenunciable debido a su connotación social.

Ese beneficio debe guardar una razonable proporción con la remuneración o ingreso que percibía durante el tiempo que prestó sus servicios y sobre la base de

la cual se realizaron los aportes al sistema previsional, ya sea voluntariamente o por imposición legal. Además, como la jubilación es un haber pasivo, su monto debe permitir al beneficiario desarrollar una vida digna.

Por otra parte, la Constitución exige que la jubilación sea móvil. La movilidad es una garantía y eso significa que el haber jubilatorio originario puede ser aumentado, pero no reducido en su poder adquisitivo de una manera tal que destruya la relación de proporcionalidad originaria. Caso contrario, se estará vulnerando el derecho de propiedad adquirido por el beneficiario.

Sin embargo, al decidir el caso "Chocobar" (36), la Corte Suprema de Justicia resolvió que los índices de movilidad quedan librados al arbitrio del legislador y que el control judicial sólo es viable para apreciar su razonabilidad frente a las contingencias económicas que se produzcan. Ello conlleva a sostener que, durante una crisis económica, cabe suspender el principio de movilidad aunque solamente de manera transitoria.

Consideramos que esta solución podría ser aceptable si el lapso de la suspensión es breve y si el monto del haber jubilatorio fijo es razonable en atención a la gravedad extrema que presente la crisis económica. De todas maneras, vencido el plazo de la suspensión, entendemos que existe la obligación de resarcir al beneficiario por la diferencia que tenía derecho a percibir, tal como lo resolvió la Corte Suprema al decidir en el caso "Rebecchi" (37). Tengamos en cuenta que el haber jubilatorio reviste naturaleza esencialmente asistencial.

El criterio expuesto en "Chocobar" fue soslayado por el Alto Tribunal en el caso "Sanchez" (38), donde consideró que las jubilaciones conforme al régimen de la ley estaban sujetas al ajuste por movilidad que ella preveía conforme a las variaciones registradas en el índice general de remuneraciones.

Aunque se acepte que el índice de movilidad debe ser fijado por el legislador, tal como con cautela y hasta cierta cuota de exceso en la prudencia lo resolvió la Corte Suprema en el caso "Badaro I" (39), también es cierto que el Alto Tribunal entendió que el incumplimiento del mandato constitucional referente a la movilidad de las jubilaciones impuesto el legislador determina la necesidad de intervención del organismo judicial para reparar la injusticia que se opera en el caso concreto (40).

Corresponde destacar que la ya citada doctrina de la Corte Suprema se hizo efectiva en casos englobados en los sistemas previsionales de reparto y no de capitalización.

El sistema de reparto es el clásico sistema de jubilación estatal. Sistema que, a partir de 1952, fue paulatinamente desnaturalizado por los gobiernos de turno. Su fracaso obedeció, sustancialmente, a dos razones.

Por una parte, a los agudos procesos inflacionarios que acarrearón la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, por ende, del haber jubilatorio.

Por otra parte, el Estado no respetó la intangibilidad de los aportes jubilatorios que le son entregados compulsivamente.



Con sugestiva frecuencia, el Estado fue un pésimo administrador de tales fondos al apropiarse de ellos para el financiamiento de su déficit fiscal sin contraprestación alguna para los futuros jubilados y para el sector pasivo. Inclusive, bajo el pretexto de tener que dar cumplimiento a obligaciones contraídas, algunos gobiernos llegaron al extremo de suspender transitoriamente el pago de los haberes, de reducirlos o de diferir su entrega a los beneficiarios, lo que generó una situación de indigencia que no se compadece con los más elementales principios de la dignidad humana. Aparentemente, la llamada clase pasiva es un elemento descartable para el gobierno.

Para remediar el fracaso del sistema estatal de jubilaciones y pensiones, en 1993 fue sancionada la ley 24.241. Mediante ella se creó un sistema de capitalización de los aportes a cargo de entidades privadas que, en virtud de actuar bajo la forma de sociedades anónimas con el consecuente riesgo empresario, asumieron la administración de los fondos de jubilaciones y pensiones.

Se trataba de un sistema mixto y voluntario que funcionaba conjuntamente con el sistema de reparto cuya administración estaba a cargo del Estado. Así, los aportantes podían optar por el sistema de reparto estatal y el sistema de capitalización.

Los fondos que administraban las empresas privadas en el sistema de capitalización provenían exclusivamente de los aportes —mínimos obligatorios y voluntarios sin límite— de sus afiliados que prestaban servicios bajo relación de dependencia, y un porcentaje de los aportes que realizaban los trabajadores autónomos afiliados a las administradoras. Dentro de los límites que establecía la ley, los aportantes podían cambiar de administradora, al tiempo que estaba contemplado su retorno voluntario al sistema de reparto.

Los fondos eran objeto de inversiones a mediano o largo plazo en diversas áreas. Categóricamente la ley disponía que el fondo de jubilaciones y pensiones era un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la administradora. Ese fondo pertenecía a los afiliados, sin que la administradora tuviera derecho de propiedad alguno sobre él, así como tampoco sus acreedores.

La administración de los fondos tuvo un efecto sumamente positivo sobre el desenvolvimiento empresario y del sistema financiero, con motivo de las colocaciones que se realizaron en ellos. Incluso para el propio Estado, a través de la inversión en títulos de la deuda pública aunque, claro está, no ya en forma gratuita o cuasigratuita sino sujeta a una rentabilidad razonable en beneficio de los aportantes.

Sin embargo, desde su sanción, la ley 24.241 fue objeto de diversas críticas y cuestionamientos, mediante los cuales se pretendía restablecer el sistema único de reparto. Cuestionamientos que respondían a una clara concepción ideológica adversa a la actividad privada y a la voluntaria inserción de ocho millones de aportantes en el sistema de capitalización. Aparentemente, y cegados por su ideología autoritaria, los partidarios del sistema estatal consideraban que esos afiliados que no compartían sus puntos de vista eran individuos infradotados que

requerían de la protección inteligente y paternalista del Estado. Ni siquiera aceptaban el libre funcionamiento de ambos sistemas con el consecuente respeto al pluralismo y a la libertad de cada individuo. Imponían la masificación de la sociedad conforme al estereotipo del hombre mediocre que tan bien describiera José Ingenieros.

A tales críticas y cuestionamientos, se añadieron groseras presiones extralegales ejercidas por los gobernantes sobre la administradoras de fondos, particularmente, a partir de 2001. Sus fondos debieron ser volcados, como consecuencia de tales presiones, en títulos de la deuda pública que, poco tiempo después, fueron declarados impagables, lo que forzó a la concreción de canjes por nuevos títulos y valores estatales de valor significativamente inferior a los de la inversión originaria.

Adolfo Buscaglia, refiriéndose al sistema de reparto y al avasallamiento estatal del sistema de capitalización, escribía que el régimen de solidaridad administrado por el Estado adolece de múltiples fallas y fomenta la corrupción.

Tan es así que, en los primeros diez meses de 2008, el Poder Ejecutivo se apropió de fondos jubilatorios del sistema de reparto por \$ 5.050.000.000 obrantes en la ANSeS, mientras que el total de la deuda acumulada por el Estado con esa repartición pública alcanzaba a \$ 6.350.000.000. La apropiación se hizo a través de la entrega de letras de la tesorería a la ANSeS a tasas irrisorias para financiar su funcionamiento y al margen de todo objetivo o finalidad previsional.

El proceso de cuestionamiento al sistema de capitalización culminó con la sanción de la ley 26.425, promulgada el 4/12/2008, por la cual se creó el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). La ley, que fue fruto de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, dispuso la supresión del sistema de capitalización y la vigencia única del sistema de reparto.

El sistema de capitalización fue establecido por ley del Congreso y, como tal, podía ser modificado o suprimido por otra ley. Pero la validez de esta última está condicionada a que se respeten los derechos de propiedad adquiridos bajo la vigencia de la primera. No puede conculcar el art. 17 de la Constitución y, sin embargo, así lo hizo la ley 26.425.

En el sistema de capitalización, los aportes del trabajador integraban su derecho de propiedad (arts. 82 y 85 de la ley 24.241), aunque su disponibilidad estaba sujeta a una condición: asumir el rol de pensionado o jubilado. Más aun, el art. 54 de esa ley establecía que, en caso de fallecimiento del beneficiario y de no existir derechohabientes, el saldo de su cuenta personal de capitalización individual correspondía a sus herederos declarados judicialmente. Esta solución se aplicaba cuando fallecía quien ya estaba jubilado, y también cuando se trataba de afiliados en actividad.

Mientras que en el sistema de capitalización las cuentas individuales de capitalización eran de propiedad de los aportantes, en el sistema de reparto pierden esa propiedad porque sus aportes pasan a integrar un fondo común. Ese

fondo que administra el Estado pasa a ser propiedad del Estado con una finalidad previsional, aunque no existen reparos para que se destinen sin límite alguno a financiar cualquier actividad gubernamental, tal como aconteció a partir del año 2009.

Hasta febrero de 2009, el Poder Ejecutivo destinó \$ 68.000.000.000 del fondo jubilatorio para el otorgamiento de créditos baratos para fomentar la adquisición de automotores, heladeras, termotanques, cocinas, electrodomésticos, financiar obras públicas y otros destinos similares.

La ley 26.425 fue objeto de múltiples cuestionamientos constitucionales concentrados, particularmente, en la violación del derecho de propiedad de los aportantes al sistema de capitalización.

#### 289. Entidades de seguridad social, superposición de aportes y competencia

El art. 14 nuevo de la Ley Fundamental establece que no puede haber superposición de aportes obligatorios en el régimen de seguridad social. Esto significa que, por el desarrollo de una sola actividad, nadie puede ser obligado a realizar más de un aporte. Pero si hay pluralidad de actividades, aunque sean iguales, cada una de ellas puede estar sujeta a un aporte diferente.

No hay superposición de aportes cuando, tratándose de profesiones liberales, el sujeto pasivo está habilitado para su desempeño en varias jurisdicciones y aunque las concrete en una sola de ellas. El acto de la habilitación, que es voluntario para el afiliado, determina el deber de realizar aportes con prescindencia de los ingresos que pudo, o no, percibir en alguna de esas jurisdicciones.

El art. 14 nuevo establece que el seguro social obligatorio estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica. Por su parte, el art. 125 de la Constitución prescribe que las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales.

El análisis sistemático de ambas cláusulas, y al considerar que la segunda fue incorporada con la reforma constitucional de 1994, nos induce a sostener que, cuando se trata de empleados públicos y de profesionales, los organismos de seguridad social, en principio, deben ser provinciales sin perjuicio de la delegación que puedan practicar las provincias mediante la transferencia de las cajas provinciales a la Nación. Pero, en los demás casos, aparentemente se debe concretar ese traspaso. El reparo a esta última conclusión resulta de la letra del art. 14 nuevo que fue excluido de la reforma constitucional concretada en 1994.

La facultad de legislar en materia de seguridad social, jubilaciones y pensiones es concurrente de la Nación y las provincias. Ello es así, por cuanto la obligación que sobre el particular impone al Estado el art. 14 nuevo de la Constitución no se limita al Estado Nacional, sino que se extiende a los Estados provinciales.

Sin embargo, la potestad de dictar normas sustantivas sobre seguridad social está reservada al Estado nacional por el art. 75, inc. 12, de la Constitución, que asigna al Congreso la misión de dictar un código de seguridad social.

Ello no afecta la potestad provincial de crear entidades administradoras y reguladoras de los sistemas de seguridad social con autonomía económica y financiera, siempre que su accionar no se traduzca en una superposición de aportes.

#### 290. Defensa de la familia

El art. 14 nuevo de la Constitución dispone que, en el marco de la seguridad social, el Estado debe dictar las normas necesarias para la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Esta disposición está complementada por las cláusulas contenidas en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos.

La tipificación del concepto de familia y su forma de constitución son aspectos que están reglados por las leyes ordinarias de cada Estado. En nuestro país esa regulación está contenida en el Código Civil, cuya sanción se adecua a la imposición resultante del art. 75, inc. 12, de la Constitución federal.

La protección integral de la familia significa, en principio, que ella debe ser considerada como una unidad a los fines de los beneficios resultantes de la seguridad social, sujeta a las razonables limitaciones que establezca la ley.

El bien de familia, como instrumento de resguardo familiar, es el inmueble que habita el titular del dominio con su grupo familiar. Está tutelado por los arts. 34 a 50 de la ley 14.394.

Su constitución puede ser efectuada por el propietario de un inmueble urbano o rural, siempre que su valor no supere las necesidades de sustento y vivienda de su familia. A tal fin, la ley entiende que la familia está constituida por el propietario, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes, o hijos adoptivos. En defecto de ellos, integran el grupo familiar sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivan con el constituyente.

El bien de familia no puede ser enajenado ni gravado sin la conformidad del cónyuge. Si ésta se opusiere, fuere incapaz o faltare, el juez podrá autorizar la constitución del gravamen si mediara una causa grave o de manifiesta utilidad para la familia.

El bien de familia no puede ser objeto de ejecuciones o embargos por deudas posteriores a su constitución, ni en caso de concurso o quiebra de su titular. Como excepción, la ejecución es viable si las obligaciones provienen de impuestos o tasas que gravan directamente el inmueble; o de gravámenes constituidos con la conformidad del cónyuge; o por créditos derivados de la construcción o mejoras introducidas al inmueble.

El propietario o su grupo familiar están obligados a habitar el bien de familia. Si este requisito no se cumple en forma transitoria y por causas debidamente justificadas, el juez podrá avalar la subsistencia del bien de familia. Caso contrario, corresponde desafectar el inmueble del régimen de bien de familia.

Nadie podrá constituir más de un bien de familia. Si alguien resultase propietario único de dos o más bienes de familia, deberá optar por uno de ellos y, si no lo hace, se tendrá como bien de familia el constituido en primer término.

La cancelación del bien de familia se produce a instancias del propietario con la conformidad de su cónyuge; por decisión de la mayoría de los herederos, cuando el bien de familia se constituyó por testamento, a menos que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces que, como integrantes del grupo familiar, habiten el inmueble; de oficio por el juez, o a pedido de cualquier interesado, cuando no se cumplan las condiciones impuestas para la constitución y mantenimiento del bien de familia; en caso de expropiación, reivindicación o causa grave que justifique la desafectación a criterio de la autoridad competente.

La compensación económica familiar consiste en otorgar a los titulares del grupo familiar un beneficio adicional al que perciben desarrollando sus actividades usuales. En esta categoría se incluye el salario familiar, los beneficios económicos que se reconocen por el nacimiento de los hijos o el deceso de ciertos familiares, así como también las exenciones fiscales que pueda establecer el Estado para la protección del grupo familiar.

El acceso a una vivienda digna consiste en la obligación del Estado para instrumentar, directa o indirectamente, los planes necesarios que permitan su concreción. Una vez instrumentados tales planes, los interesados tienen derecho a exigir el cumplimiento de sus contenidos si, en función de la reglamentación pertinente, les corresponde tener acceso a una vivienda construida.

El acceso a una vivienda digna no se traduce, necesariamente, en el otorgamiento de facilidades para adquirir el dominio de viviendas construidas por el Estado o la concesión de créditos para tal objeto. También cabe cumplir con el mandato constitucional fomentando la concreción de contratos de locación en condiciones razonables para quienes necesitan una vivienda digna, y siempre que la locación se celebre con el Estado. Tratándose de particulares, y previa conformidad de ellos, el beneficio puede consistir en que el Estado se haga cargo, total o parcialmente, del precio de la locación o que, como compensación, se otorguen al particular ciertos beneficios fiscales de envergadura similar al precio de la locación.

(1) Fallos CS 179:113 del 22/10/1937.

(2) Fallos CS 233:161.

(3) Fallos CS 246:11 y 259:349.

(4) Fallos CS 265:242.

(5) Fallos CS 246:345; 250:46.

(6) Fallos CS 323:1566; LA LEY, 2000-C, 828; 2000-D, 375.

(7) Fallos CS 326:1138; LA LEY, 2003-C, 293; DJ, 2003-1-1068.

(8) Fallos CS 325:2059; LA LEY, 2002-E, 428; DJ, 2002-3-16.

(9) Fallos CS: 320:2665.

(10) Fallos CS 327:3677.

(11) Fallos CS 250:424; 253:483; 254:174; 261:364; 269:234; 270:72; 272:106; 274:28; 276:326.

(12) Caso "Outon", Fallos CS 267:215; LA LEY, 126-292.

(13) Sent. del 11/11/2008, LA LEY, 14/11/2008. Fallos CS 331:2499.

(14) Fallos CS 308:857.

(15) Fallos CS 307:338 y 310:248.

(16) Fallos CS 307:326; 316:2624.

(17) LA LEY, 14/11/2008, sent. del 11/11/2008. Fallos CS 331:2499.

(18) Fallos CS 251:472.

(19) Fallos CS 242:353.

(20) Fallos CS 258:267.

(21) Fallos CS 329:553.

(22) Fallos CS 315:839; 322:346.

(23) Fallos CS 325:11; LA LEY, 2002-A, 936; DJ, 2002-1-364.

(24) Fallos CS 327:3753.

(25) Fallos CS 313:228.

(26) Sent. del 7/9/2004; Fallos CS 327:3610; LA LEY, 2005-A, 259.

(27) Sent. del 26/10/2004; Fallos CS 327:4607.

(28) Fallos CS 31:274; 310:112.

(29) Fallos CS 326:4931.

(30) Fallos CS 324:3569; LA LEY, 2002-D, 620; DJ, 2002-2-598.

(31) Fallos CS 327:2127.

(32) Fallos CS 323:1339.

(33) Fallos CS 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:3569; 326:4931.

- (34) Fallos CS 324:677; 325:677.  
(35) Fallos CS 330:3725.  
(36) Fallos CS 319:3241.  
(37) Fallos CS 328:4726.  
(38) Fallos CS 328:1602 y 2833.  
(39) Fallos CS 329:3089.  
(40) Caso "Badaro II", Fallos CS 330:486.

## CAPÍTULO XI

### Libertad fiscal y poder impositivo

#### SUMARIO

291. Concepto.  
292. La relación jurídica fiscal.  
293. Legalidad.  
294. Igualdad.  
295. No confiscatoriedad.  
296. Ajuste por inflación.  
297. La regla del empobrecimiento.  
298. Libertad de circulación.  
299. El peaje.  
300. Clasificación de las contribuciones.  
301. Impuestos.  
302. Tasas.  
303. Contribuciones especiales.  
304. El ahorro obligatorio.  
305. Derecho o impuesto de aduana.  
306. Interpretación de las leyes fiscales.  
307. Distribución del poder impositivo.

#### 291. Concepto

La libertad fiscal, como especie de un género que en la práctica es indivisible, está estrechamente vinculada con el concepto de una libertad política que participa de la estructuración global de una sociedad encuadrada en un régimen democrático constitucional.

El dinamismo del orden político y administrativo del Estado genera necesidades y gastos para satisfacerlas, que deben ser solventados con las contribuciones correspondientes de sus habitantes. Ese deber, impuesto legalmente, constituye una limitación al derecho de propiedad privada.

Ese objetivo primario no agota el ejercicio del poder impositivo. Su manifestación también puede obedecer a razones económicas o sociales. Gravar la importación de ciertos bienes para fomentar su producción interna; alentar o desalentar ciertas actividades productivas mediante la fijación de impuestos; desgravar ciertos consumos de bienes básicos; incrementar las tasas impositivas respecto del

consumo de bienes que son perjudiciales para la salud o establecer regímenes de promoción industrial mediante el otorgamiento exenciones fiscales son algunos de los ejemplos donde el ejercicio del poder impositivo no se circunscribe a la necesidad de obtener recursos para afrontar los gastos del Estado.

En este aspecto, se advierte que el poder impositivo es una herramienta fundamental para el desarrollo de la política económica y social que pretenda implementar el gobierno.

El ejercicio del poder impositivo con fines extraños a su objetivo primario suele ser la causa fundamental que acarrea una predisposición negativa del contribuyente para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. La desconformidad con la política económica y social de un gobierno suele fomentar la evasión tributaria por parte de ciertos sectores de la comunidad, evasión que se incrementa sensiblemente cuando el ejercicio del poder impositivo pierde legitimidad. Tal es lo que acontece cuando los contribuyentes perciben una errónea administración de los recursos fiscales o la concreción de actos de corrupción por los gobernantes mediante la malversación de los caudales públicos.

A lo largo de la historia de la humanidad, se advierten las importantes secuelas políticas que genera el ejercicio abusivo de la potestad fiscal por parte de los gobernantes. Fue la causa del desprestigio de los Estuardo en Gran Bretaña; el germen que desencadenó la protesta de los súbditos británicos en los Estados Unidos y el comienzo de la lucha por su independencia; la causa de la negativa de los nobles y eclesiásticos franceses a someterse a los designios de la corona, que desencadenó el proceso revolucionario en Francia; así como la consolidación del sistema comunista en la Unión Soviética mediante la desarticulación del derecho de propiedad privada de los campesinos.

Cuando la Corte Suprema de Justicia destacó que "la facultad de establecer impuestos es esencial e indispensable para la existencia del gobierno; pero este poder, cuando es limitado en cuanto a la elección de la materia imponible o a la cuantía, envuelve necesariamente la posibilidad de destruir que lleva en su entraña, desde que existe un límite más allá del cual ninguna cosa, persona o institución tolerará el peso de un determinado tributo" (1), no hizo más que seguir las sabias recomendaciones de Alberdi: "Si no hubiera rentas, utilidad, ganancia, los capitales no existirían, porque ellos son la ganancia acumulada. ¿Son pequeñas las rentas privadas? Así será la renta pública. Será pobre el gobierno como son pobres los gobernados; pero si hay rentas para éstos, no podrán faltar para aquél. Todo dependerá del ahorro y del juicio en los gastos del gobierno. Lo que agota y destruye la riqueza privada no es la contribución, pues al contrario ésta la defiende y conserva; es el despojo, el pillaje que hace el despotismo, no para sus gastos, sino para sus excesos".

Si bien el sistema fiscal presenta particular importancia para la integración del tesoro nacional, con el cual se solventan los gastos que genera la actividad estatal encaminada hacia el logro del bien común, ello no significa restar trascendencia a las libertades individuales, que deben ser preservadas de un ejercicio patológico o

arbitrario del poder impositivo que desemboque en la supresión o desnaturalización de la libertad fiscal.

Así como las potestades emanadas de las libertades individuales no son absolutas, en tanto su ejercicio está sujeto a una reglamentación que posibilite la armonía y concreción del interés general, tampoco el poder impositivo —como cualquier otra expresión del poder estatal— es ilimitado, sino que su manifestación queda condicionada a las razones que justifican la organización del Estado en un sistema personalista.

La imposición de una causa constitucional al tributo, fruto de la libertad fiscal, limita el poder impositivo del Estado y reviste de seguridad y justicia a la convivencia social. El control de la causa constitucional, como presupuesto de validez de los tributos, incumbe al Poder Judicial en cada caso concreto sujeto a su consideración.

## 292. La relación jurídica fiscal

La relación fiscal es una relación jurídica establecida por la ley, que genera una obligación fiscal. En virtud de ella, su sujeto pasivo —el contribuyente— está obligado a entregar un valor patrimonial al sujeto activo —el Fisco— con motivo de haberse producido el hecho imponible previsto por la norma legal.

La obligación fiscal no es de carácter contractual, sino legal y de orden público. Está regulada por el derecho público y su origen no reside en un acuerdo de voluntades, sino en un acto legal que es consecuencia del poder político del Estado, ejercido conforme a las disposiciones de la Constitución.

El cumplimiento de la obligación fiscal se hace efectivo mediante la entrega al Estado de un valor patrimonial que, normalmente, consiste en el pago de una cantidad de dinero, aunque no existirían reparos para que la entrega recayera sobre bienes patrimoniales diferentes.

Además de este contenido principal, la obligación fiscal puede abarcar otras prestaciones, como la de garantizar el pago de un tributo o de presentar las declaraciones juradas que determine la autoridad fiscal referentes a la situación patrimonial del sujeto pasivo, o de dar cumplimiento a los requisitos formales que imponga el órgano competente.

En nuestra organización constitucional, además del Estado nacional, también son sujetos activos los Estados provinciales, en virtud de la autonomía directa y originaria que les ha reconocido la Ley Fundamental. En cambio, no corresponde calificar técnicamente como sujetos activos originarios a los municipios y entidades autorizadas por ley reglamentaria a establecer y percibir ciertos tributos, ya que esa potestad es consecuencia de una delegación válidamente efectuada por el sujeto activo con autorización legal.

El sujeto pasivo de la relación fiscal es el contribuyente que debe dar cumplimiento a la obligación fiscal pagando la obligación tributaria, aunque ella no grave su patrimonio, y de acatar las formalidades fiscales. No es la persona que en última

instancia afrontará las consecuencias de la obligación fiscal. El sujeto pasivo es el contribuyente que tiene la obligación de pagar frente al Fisco y de presentar la documentación que se determine por la autoridad de aplicación, con independencia de la persona que, en definitiva, soporta el peso del tributo como consecuencia de la traslación de su importe realizada por la persona obligada al pago. Tal es lo que acontece con los impuestos indirectos.

El hecho imponible es la circunstancia prevista y descripta por la ley con relación al contribuyente, cuya producción origina la obligación fiscal y la consecuente obligación de pago para el sujeto pasivo.

Un elemento esencial de la obligación fiscal es la causa, de cuya legalidad y existencia depende la validez de aquélla. La falta de causa o la manifestación de una causa jurídica falsa determinan la inconstitucionalidad de las contribuciones fiscales.

Conforme a un principio elemental del derecho, no hay obligación sin causa. Pero la causa como factor determinante del nacimiento de la obligación fiscal no reside en motivos económicos o políticos que pueda ponderar el gobernante en el momento de crear una contribución, sino en la existencia de un fundamento constitucional que avale el tributo. De modo que la obligación fiscal está desprovista de causa, y por añadidura de validez, cuando carece de sustento constitucional y aunque sí lo tenga en materia económica o política.

Los requisitos que configuran la causa constitucional son la legalidad, la igualdad, la no confiscatoriedad y la libertad de circulación. Modernamente se incluye, entre tales requisitos, la capacidad contributiva del sujeto pasivo, aunque podemos incluirla dentro de la condición genérica de la no confiscatoriedad.

### 293. Legalidad

El principio de legalidad, como requisito configurativo de la causa constitucional, significa que toda contribución que afecta la libertad patrimonial de una persona debe ser establecida por ley del Congreso Nacional, cuando se trata de contribuciones nacionales, o por ley emanada de la legislatura provincial, cuando se trata de contribuciones provinciales o municipales.

La legalidad fiscal es consecuencia de la aplicación del principio genérico de legalidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Conforme a él, nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

También existen otras disposiciones de la Ley Fundamental que refuerzan la aplicabilidad de este requisito y algunas de sus modalidades en materia fiscal.

Así, el art. 4º dispone que, entre los recursos que integran el tesoro nacional, figuran los derechos de importación y exportación y las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente imponga el Congreso a la población.

El art. 17 establece que solamente el Congreso impondrá las contribuciones mencionadas en el art. 4º.

El art. 75, inc. 1º, dispone que corresponde al Congreso establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

El inc. 2º del citado art. 75 atribuye al Congreso la facultad de imponer contribuciones directas por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Agrega que también puede imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias.

Finalmente, cabe recordar que el art. 52 de la Constitución establece que corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones, con la salvedad de las leyes convenio respecto de las cuales es cámara de origen el Senado (art. 75, inc. 2º, CN).

Como consecuencia del principio de legalidad, la autoridad administrativa está inhibida de recaudar contribuciones que no sean establecidas por una ley formal emanada del órgano legislativo.

Además, por tratarse de una facultad indelegable, como lo son, en principio, todas las facultades legislativas, no puede el Congreso atribuir al órgano ejecutivo la potestad de establecer contribuciones y determinar el objeto y la tasa del tributo, sin perjuicio de la facultad de este último para dictar las normas pertinentes para la ejecución de las leyes fiscales con el objeto de asegurar la percepción de las contribuciones. En tal sentido, el art. 99, inc. 3º, de la Constitución, invalida los decretos de necesidad y urgencia referentes a la materia tributaria y limita la delegación legislativa prevista en el art. 76.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que, mediante el veto y la promulgación parcial de una ley, el Poder Ejecutivo no puede fijar tasas impositivas que carecían de previsión normativa (2). En el caso, la ley sancionada establecía, para ciertas actividades que hasta ese momento estaban exentas del impuesto al valor agregado, una tasa inferior a la genérica. El Poder Ejecutivo promulgó parcialmente la ley y observó las cláusulas que prevenían esa tasa inferior. Sobre tal base consideró aplicables a las actividades antes exentas la tasa genérica. La Corte, al declarar la inconstitucionalidad de la promulgación parcial, sostuvo que el órgano ejecutivo no podía alterar la voluntad del legislador y establecer una tasa que éste no había previsto y que, el veto parcial, cuya validez no se podía cuestionar, significaba que para tales actividades subsistía la legislación que se pretendía derogar, con el consecuente mantenimiento de la exención impositiva.

Tampoco se pueden aplicar impuestos o tasas a través de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo (3), sobre la base de presuntas analogías con situaciones previstas en la ley fiscal.

La exención tributaria genérica impuesta por la ley para los libros determina la inconstitucionalidad del decreto que excluye de aquélla a las obras musicales impresas, a los álbumes o libros de estampas o a los cuadernos para dibujar o colorear destinados a los niños. El propósito de definir el alcance de un beneficio fiscal mediante un decreto no puede conducir a establecer restricciones que no surgen del texto de la ley, pues ello importa vulnerar el principio de legalidad (4) .

Resulta inválida la delegación legislativa que autoriza al jefe de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas que percibe la Inspección General de Justicia, sin establecer límites o pautas de una clara política legislativa para el ejercicio de semejante atribución (5) .

Conforme al principio de legalidad en materia tributaria, sólo por ley se puede establecer el hecho imponible descripto de manera cierta; los presupuestos de hecho que permiten atribuir la producción del hecho imponible; los sujetos pasivos u obligados al pago; el sistema aplicable para determinar la base imponible; las alícuotas que se harán efectivas para fijar el monto del tributo; las exenciones; las infracciones fiscales; las sanciones correspondientes; el órgano administrativo habilitado para exigir el pago; el lapso durante el cual se debe pagar el tributo (6) .

No es constitucionalmente viable que, mediante una ley, se imponga una tasa a ciertas empresas con el objeto de financiar los gastos del ente administrativo que los supervisa y controla, y que se faculte a este último a determinar el monto de la tasa, porque el Congreso no puede delegar atribuciones en materia tributaria a un organismo del Poder Ejecutivo.

Carece de validez la norma reglamentaria de una ley provincial regulatoria del impuesto a los ingresos brutos, que extiende a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones la alícuota prevista para las sociedades de capitalización y ahorro porque se trata de entidades cuyo objetivo difiere, así como también la normativa que las rige (7) .

El impuesto inmobiliario, que corresponde a las provincias, es un impuesto objetivo que se aplica en función del valor de la tierra y de los edificios, sin atender a las condiciones subjetivas de los contribuyentes. Sobre tal base, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley provincial que extendió dicho impuesto a los subinmuebles y declaró contribuyentes a los concesionarios y a los titulares de los permisos de explotación y de derechos de explotación, de transporte y distribución de hidrocarburos, porque amplió el ámbito de aplicación material y personal característico del citado impuesto con lo que se desconoció su naturaleza (8) .

Con cierta frecuencia, tanto en el orden nacional como provincial, se sancionan normas que otorgan a la autoridad fiscal facultades propias de los magistrados judiciales como las de disponer medidas cautelares, embargos o informes fuera o dentro del ámbito de un proceso judicial. Tales normas, aunque revistan el carácter de leyes, carecen de validez constitucional si las medidas no son solicitadas y ordenadas por un juez.

Las facultades fiscales de las provincias no se extienden sobre el régimen de prescripción en materia impositiva que está fijado por el derecho común (9) . El art. 75, inc. 12, reserva al Congreso nacional la atribución de dictar normas sobre el derecho común, como acontece con el régimen de la prescripción de las obligaciones.

No se viola el principio de legalidad si el Congreso, al establecer un impuesto, faculta al Poder Ejecutivo para determinar su cuantificación al tiempo que fija un tope máximo razonable; o si lo autoriza a variar las alícuotas sin superar ese tope legal; o si lo faculta a suspender la aplicación del impuesto y, en su caso, a dejar sin efecto esa suspensión.

Compartimos la autorizada opinión de Roberto Luqui cuando escribe que "cada día se crean nuevos impuestos, se incrementan las alícuotas, se gravan más actividades, sin interesarle mayormente a los gobernantes la justicia de esos tributos. Tal vez algunos piensen que las reglas éticas no alcanzan al Estado y se quejan por la conducta de los contribuyentes. Grave error, porque como señala Tripke, una moral tributaria deficiente es el reflejo de la moral deficiente del Estado, pues un fenómeno es consecuencia del otro".

#### 294. Igualdad

El principio de igualdad en materia fiscal significa que la ley debe ser igual para todos los iguales en iguales circunstancias. Esto significa que no se pueden establecer privilegios o cargas especiales que excluyan a unas personas de lo que se establece para otras en iguales circunstancias.

El principio de igualdad en materia fiscal aparece expuesto en nuestros antecedentes constitucionales. Ellos establecían que no se podía imponer derechos carentes de igualdad y proporción; que todos los derechos debían imponerse en exacta proporción de la población y riquezas de cada uno; que toda contribución debía responder a una razón de utilidad común; que las contribuciones debían ser proporcionalmente iguales en todo el territorio del país.

Se trata de una manifestación del principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional que, con referencia expresa a las contribuciones, dispone que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Este principio también aparece expuesto en el art. 4º de la Ley Fundamental, cuando dispone que las contribuciones deben ser equitativas y proporcionales, y del art. 75, inc. 2º, al prescribir que las contribuciones directas deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación.

El principio de la igualdad fiscal no es absoluto, ya que quedaría desnaturalizado si desconocieran las desigualdades materiales que presentan las personas. Esto significa que la igualdad fiscal que establece la Constitución no se opone al reconocimiento legal de diferentes categorías de contribuyentes y a la fijación de distintos montos impositivos determinados como consecuencia de las

desigualdades materiales existentes entre los sujetos pasivos de la obligación fiscal.

Si bien la libertad fiscal es relativa en función de los criterios objetivos que se consideran para determinar las categorías de contribuyentes, ello no significa que el principio sea absoluto. En ciertos casos se proyecta igualitariamente el tributo sobre toda la población cuando resulta técnicamente imposible acudir al principio de progresividad o de capacidad contributiva. Rodolfo Spisso señala que tal situación se plantea, generalmente, con los impuestos sobre los consumos, porque "la adecuación al principio de igualdad debe ser juzgada respecto del régimen tributario en su totalidad y no aisladamente respecto de cada uno de los impuestos que lo integran".

#### 295. No confiscatoriedad

El principio de la no confiscatoriedad, como requisito condicionante de la causa constitucional del tributo, significa que el monto de las contribuciones no puede absorber una parte sustancial del patrimonio de una persona, de sus rentas o del valor de un bien determinado que se relaciona con el tributo que se pretende aplicar.

El art. 17 de la Constitución dispone que la confiscación de bienes queda borrada para siempre de la legislación argentina. Si bien la norma se refiere a la confiscación como sanción de carácter penal, desde antiguo la Corte Suprema de Justicia ha entendido, correctamente, que esa garantía para el derecho de propiedad se extiende a todo el ámbito jurídico, incluido el fiscal.

Es que si la Ley Fundamental establece el principio general de la inviolabilidad del derecho de propiedad privada y puntualiza las excepciones que justifican legalmente su limitación, no es razonable aceptar la viabilidad de la confiscación en materias extrañas al derecho penal, porque ella constituye una negación absoluta de la libertad de propiedad que, como tal, está vedada por el art. 28 de la Constitución.

Usualmente se define la confiscación en materia fiscal como la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado por una contribución. Se trata de una definición genérica y excesivamente teórica, muy difícil de concretar en la práctica mediante la formulación de reglas objetivas.

Precisamente, esa indeterminación ha posibilitado el desenvolvimiento de una intensa voracidad fiscal por parte del Estado, frecuentemente pródigo y mal administrador, que destruye la acumulación de capitales productivos y desalienta las inversiones generadoras de nuevas riquezas y fuentes de trabajo, todo lo cual, a mediano o largo plazo, conduce al empobrecimiento de una sociedad y a la insatisfacción de las necesidades sociales.

En esta materia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es sumamente pendular e inorgánica. De todas maneras, se han fijado ciertos principios conforme a los cuales se considera confiscatorio el tributo que absorbe más del 33% de la

renta normal generada por la eficiente explotación de un inmueble; que no son confiscatorios los impuestos indirectos que paga el productor por el hecho de que sus montos no guarden relación con el precio del producto, en tanto pueden ser iguales o superiores a ese valor, por cuanto son esencialmente trasladables; que para determinar la confiscatoriedad corresponde considerar el monto de una sola contribución y no la acumulación de los importes de las diversas contribuciones nacionales, provinciales y municipales que paga el contribuyente, criterio este último que puede conducir a la absorción final de la totalidad de las rentas y hasta del capital.

Una de las reglas abstractas para juzgar la confiscatoriedad de las contribuciones es la razonabilidad. Es razonable que todos los habitantes realicen aportes para contribuir a solventar los gastos del Estado, pero es irrazonable que sus montos alcancen una magnitud tal que provoquen, en un caso concreto, el empobrecimiento patrimonial de una persona diligente, o la privación de los frutos obtenidos merced a su esfuerzo, trabajo, creatividad e inteligencia.

La aplicación del principio de razonabilidad permite amoldar los criterios de valoración a las cambiantes necesidades sociales y económicas. A él se añaden algunos principios elementales resultantes de una interpretación teleológica de la Constitución, cuya sistematización, siguiendo los lineamientos expuestos por García Belsunce, es la siguiente:

- 1) Los impuestos inmobiliarios son confiscatorios si afectan el capital productivo o más del 33% de su renta ideal, determinada sobre la base de una explotación eficiente y racional que considere las características económicas del período fiscal.
- 2) El impuesto a la transmisión gratuita de bienes no puede ser más gravoso que el aplicable a la transmisión de bienes por actos entre vivos, ni superar una alícuota del 33% (10) .
- 3) El impuesto a las ganancias no puede absorber más de un 33% de los réditos y debe ser proporcional. No es razonable que su monto provoque una reducción del capital que genera la ganancia.
- 4) En las contribuciones de mejoras, el monto de la contribución no puede superar el mayor valor obtenido por los bienes del contribuyente como consecuencia de la obra realizada.
- 5) Las tasas deben absorber solamente los gastos directos e indirectos del servicio efectivamente prestado.
- 6) Los inmuebles afectados al uso personal del contribuyente no deben ser gravados con impuestos, aunque sí con tasas o contribuciones.
- 7) No es viable establecer contribuciones diferenciales atendiendo al domicilio del contribuyente.
- 8) La convergencia de las contribuciones, con exclusión de las tasas y contribuciones de mejoras e impuestos indirectos, no puede afectar el capital ni



desnaturalizar la renta ideal atribuida al contribuyente, lesionando arbitrariamente la razonable capacidad de ahorro o capitalización.

9) Es confiscatoria la atribución de un mayor valor fiscal a los inmuebles para exigir el pago de una contribución más elevada por períodos fiscales anteriores a la revaluación (11).

10) La determinación del monto imponible para el pago del impuesto a las ganancias debe prever la deducción de todos aquellos gastos realizados a fin de generar aquella utilidad. Asimismo, en el caso de personas físicas, deberían ser deducibles todos los gastos realizados para preservar la salud y educación del contribuyente y de su grupo familiar.

11) La determinación del impuesto a la ganancia mínima presunta, como complemento del impuesto a las ganancias, no puede responder a una presunción *iuris et de iure*, sino que debe admitir la prueba en contrario. Tampoco su determinación puede ser establecida sobre el valor de los bienes del activo sin considerar el pasivo existente o las pérdidas registradas en ejercicios anteriores que no fueron cubiertas con las ganancias generadas en los ejercicios subsiguientes.

12) En la determinación del impuesto a las ganancias corresponde aplicar el ajuste por inflación para preservar la real capacidad contributiva.

Existen situaciones que configuran, o pueden configurar, violaciones al principio de no confiscatoriedad.

En el ámbito del impuesto a las ganancias se acepta la inclusión de los frutos del trabajo. El salario, el honorario, la retribución percibida como consecuencia de la prestación de servicios, estén o no encuadrados en una relación de dependencia, no es razonable que estén sujetas a un gravamen porque se tratará de un impuesto directo sobre el trabajo.

Otro tanto acontece con los impuestos que gravan el capital y los bienes personales en la medida que son fruto del ahorro. Son impuestos al ahorro que no se extienden a aquellos que optaron por el consumo. Quien ahorra privándose de satisfacer sus deseos de consumo está sujeto a una carga fiscal, mientras que quien adopta la conducta opuesta queda exento del gravamen.

El pago anticipado del impuesto a las ganancias y bienes personales importa una carga fiscal que se adiciona a la que corresponde abonar por el período respectivo. Si bien ella, al igual que el impuesto a la ganancia mínima presunta, puede ser deducida de los futuros ejercicios fiscales, se basa en una presunción inconsistente que reduce el patrimonio del contribuyente que cumplió debidamente con sus obligaciones fiscales durante el período concluido.

Las deducciones que se admiten para la determinación del impuesto a las ganancias suelen ser manifiestamente irrazonables para tutelar la dignidad en la satisfacción de las necesidades elementales de los contribuyentes y sus grupos familiares.

Un caso particular se produce con los gastos para preservar la salud física y mental y los curativos para restablecer la salud deteriorada o reducir su deterioro. Las leyes regulatorias del impuesto a las ganancias establecen un límite para tales gastos a los fines de su deducción fiscal. Mientras que los gastos realizados para reparar una maquinaria son completamente deducibles, los gastos destinados a la salud de la máquina que constituye el cuerpo humano tienen un límite de deducción. Una solución que dista de respetar la dignidad humana al dotar de mayor importancia al aparato productivo no humano de la que se asigna a la "máquina" humana.

Existen impuestos locales, como el impuesto a los ingresos brutos y el impuesto de sellos, que —al margen de su efecto distorsionador sobre las relaciones jurídicas y productivas— presenta, en el caso del segundo, la particularidad de tratarse de un gravamen cuya alícuota oscila entre el 1% y el 10% y que no es susceptible de deducciones significativas. Su monto puede absorber completamente la utilidad generada por la actividad sujeta al tributo. Asimismo, en el caso del primero, no acepta deducciones a tales ingresos, lo que puede constituir una real confiscación.

La imposibilidad de acudir a la sumatoria de los impuestos nacionales y provinciales que gravan la actividad y el patrimonio de una persona suele traducirse en una manifiesta injusticia que, muchas veces, trae aparejada la evasión fiscal. Esa sumatoria puede abarcar una carga fiscal que comprenda una parte significativa de los ingresos del contribuyente y hasta la totalidad de ellos, con su secuela manifiesta de confiscatoriedad.

#### 296. Ajuste por inflación

La desvalorización del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de agudos procesos de inflación, determinó que, al margen de las previsiones legales, se permitiera la adecuación de los valores nominales a la realidad económica.

La adecuación o ajuste por inflación en varias oportunidades fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia con relación a las remuneraciones de los magistrados judiciales, para preservar la garantía de la intangibilidad de sus haberes (12). También para la indemnización de daños, porque el reajuste del crédito importa simplemente preservar su valor adquisitivo originario (13), al igual que en las expropiaciones (14). Sus decisiones se basaron en la necesidad de resguardar la razonabilidad, la justicia, la seguridad jurídica y el derecho de propiedad.

El fenómeno de la inflación también puede desvirtuar la relación fiscal fijada sobre la base de reglas anteriores a su desarrollo. En tales casos, en resguardo del derecho de propiedad y de la capacidad contributiva del contribuyente, corresponde practicar el ajuste por inflación. Pero, ese ajuste solamente es viable respecto del contribuyente y no en beneficio del Estado.

El ajuste por inflación fue reconocido por las leyes 20.628 y 21.894 para adecuar equitativamente el monto del gravamen al fenómeno inflacionario de forma tal que no recayera sobre ganancias meramente nominales desprovistas de realidad. Se debía deducir o incorporar al resultado impositivo del ejercicio el ajuste por

inflación que se obtuviera tanto del activo como del pasivo. Si con el ajuste por inflación disminuía la utilidad o se incrementaba la pérdida, ello significaba una merma en términos reales ocasionada por el deterioro del valor monetario.

Con la implantación en 1991 del régimen de convertibilidad, que virtualmente anuló el proceso inflacionario, fue sancionada la ley 24.073 que impuso como límite para todo ajuste inflacionario las variaciones que se operaran a partir del 31/3/1992.

Posteriormente, fue sancionada la ley 25.561 que, a igual que el decreto 214/02, prohibieron el ajuste por inflación para la liquidación del impuesto a las ganancias del año 2002, a pesar de haberse registrado una inflación superior al 40%, y a pesar de que diversos organismos impusieron la obligación de confeccionar los balances o estados contables con aplicación del ajuste por inflación.

La imposibilidad de los contribuyentes para ajustar sus ganancias nominales mediante la deducción del porcentaje de la inflación que las afectaba importaba la tributación sobre beneficios nominales ficticios que, como no guardaban relación con la capacidad contributiva del sujeto pasivo, lesionaban arbitrariamente su derecho de propiedad y conducían al pago de un impuesto a las ganancias sobre una ganancia inexistente.

La gravedad de la situación se incrementó sensiblemente a partir de 2004. En aquellos casos en que era aceptado, el ajuste por inflación se practicaba sobre la base de los índices de precios que registraba el Instituto Nacional de Estadística y Censos. Pero, desde ese año, el gobierno intervino en ese instituto y modificó arbitrariamente los criterios técnicos para la determinación de las variaciones mensuales que se operaban en los índices de precios. Como consecuencia de ello, los índices de incremento en los precios fueron sensiblemente inferiores a los reales.

El ajuste impositivo por inflación en principio no fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia. Consideró que su viabilidad estaba condicionada a una expresa autorización legal. Así lo resolvió en el marco de un juicio de amparo, aunque sin descartar su procedencia si, en un proceso ordinario, se acreditaba el perjuicio y consecuente enriquecimiento sin causa del Estado (15).

Esa doctrina de la Corte, dentro del ámbito de la acción de amparo, fue modificada en el caso "Candy", resuelto el 3/7/2009(16). Allí, el tribunal entendió que si bien, en principio, no era aceptable el ajuste por inflación en materia fiscal, la situación variaba si existía una afectación del derecho de propiedad. Afectación equivalente a la confiscatoriedad que se manifiesta a través de la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o el capital.

Declaró la validez de las leyes que impiden aplicar el ajuste por inflación impositiva. En la medida que tales normas emanan del Congreso y si éste se ajustó al procedimiento impuesto por la Ley Fundamental, no puede alegarse una violación al principio de reserva de la ley tributaria. Sin embargo, ello no debe entenderse excluyente de la posibilidad de que se configure un supuesto de

confiscatoriedad si, entre la ganancia neta sujeta al tributo efectuada sin el ajuste por inflación y el importe que resulte de aplicar ese ajuste, se presenta una desproporción de magnitud tal que permita extraer razonablemente la conclusión de que la ganancia neta determinada según las normas vigentes no es representativa de la renta, enriquecimiento o beneficio que la ley pretende gravar.

#### 297. La regla del empobrecimiento

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el pago de un impuesto sin causa o el pago indebido de un impuesto conllevaba para el sujeto pasivo el derecho a demandar al Fisco la restitución del importe correspondiente.

En 1973, en el caso "Mellor Goodwin" (17) la Corte modificó su doctrina al sostener que la repetición del pago estaba condicionada a la prueba, por el sujeto pasivo, de haber sufrido un empobrecimiento. Si no se acreditaba una merma patrimonial, y aunque el impuesto aplicado estuviera desprovisto de causa, su importe debía permanecer en poder del Estado y no debía ser restituido a quien pagó el tributo.

En 1976, en el caso "Petroquímica Argentina" (18), la Corte retomó su doctrina tradicional al destacar que "el interés inmediato y actual del contribuyente que paga un impuesto, existe con independencia de saber quién puede ser, en definitiva, la persona que soporte el peso del tributo, pues las repercusiones de éste determinadas por el juego complicado de las leyes económicas, podrían llevar a la consecuencia inadmisibles de que en ningún caso las leyes de impuestos indirectos y aun la de los directos en que también aquélla se opera, pudieran ser impugnadas como contrarias a los principios fundamentales de la Constitución Nacional".

El 5/10/2004 (19), la Corte Suprema volvió a sostener la doctrina expuesta en el caso "Mellor Goodwin". Se resolvió que, como el monto del impuesto sin causa había sido trasladado al precio de venta de los productos gravados, no se advertía una lesión patrimonial para el accionante y, al no haber acreditado su empobrecimiento, resultaba inviable su petición. Por otra parte, como no resultaba posible determinar el sujeto económico que, en última instancia, se había perjudicado con el pago del gravamen, correspondía que su importe fuera retenido por el Estado para restituirlo a la sociedad mediante el gasto público. En síntesis, el cobro por el Estado de un impuesto sin causa no genera un enriquecimiento sin causa.

La doctrina del empobrecimiento fue acogida por el legislador al sancionar la ley 25.795 que incorporó al art. 81 de la ley 11.683 el siguiente párrafo: "Los impuestos indirectos sólo podrán ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando éstos acrediten que no han trasladado tal impuesto el precio, o bien cuando habiéndolo trasladado acrediten su devolución en la forma y condiciones que establezca la AFIP". La norma no es aplicable a los impuestos directos, al margen de las sutilezas que pueden presentarse para distinguir claramente ambos tipos de impuestos.

## 298. Libertad de circulación

A través del análisis sistemático de diversas disposiciones de la Ley Fundamental, cabe sostener que la circulación territorial está exenta del poder impositivo.

El art. 9º de la Constitución dispone que en el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso. El art. 10 establece que es libre de derechos la circulación en el interior de la República de los efectos de producción o fabricación nacional, así como de los de todas clases despachados en las aduanas exteriores.

Añade el art. 11 que todos los productos y bienes, nacionales y extranjeros, que pasen por territorio de una provincia a otra son libres de los derechos de tránsito, como también los medios que se utilicen para transportarlos, y ningún derecho podrá imponerse por el hecho del tránsito en el territorio nacional.

Con referencia a los buques, el art. 12 establece que no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito interprovincial.

Finalmente, el art. 75, inc. 10, confiere al Congreso la facultad de reglamentar la libre navegación de los ríos interiores y de crear y suprimir aduanas, en tanto el inc. 13 le otorga la potestad de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.

Estas disposiciones son complementadas por el art. 126 de la Ley Fundamental, el cual establece que las provincias no pueden expedir leyes sobre comercio o navegación interior y exterior, ni establecer aduanas provinciales, por tratarse de algunos de los poderes que las provincias han delegado a la Nación.

Pero las normas constitucionales tutelan solamente la circulación territorial y no la circulación económica, que puede ser gravada por la Nación y las provincias. La circulación territorial se refiere al tránsito y traslado físico de bienes y personas de un punto a otro del país. En cambio, la circulación económica consiste en las diversas transacciones, actos y contratos realizados con la finalidad de adquirir y transferir bienes sujetos a la actividad comercial.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que las provincias pueden gravar la venta de sus productos cuando se celebra la transacción como un acto de comercio interno, pero no cuando la salida del producto de la provincia la realiza el propio productor y sin que medie esa transacción (20) . Es válido el impuesto provincial que grava las ventas hechas en su territorio de productos provenientes de otras provincias (21) . Un impuesto grava la circulación interprovincial cuando el tributo se aplica por el mero hecho de ser trasladado un producto a otra jurisdicción sin haberse concretado una transferencia, y aunque se pueda presumir que el traslado se realiza para concretar su venta en esa otra jurisdicción.

En el caso "Indunor" (22) , donde se debatió la facultad de las provincias para gravar con el impuesto a las actividades lucrativas a las empresas que extrañan de su territorio mercaderías para comercializarlas fuera de él, pero previo desarrollo de una actividad productiva en la jurisdicción originaria, la Corte Suprema decidió

que el gravamen es válido en tanto no recaiga específicamente sobre actividades extraterritoriales y no se imponga como requisito para permitir la salida de los productos del ámbito territorial.

Si bien las provincias pueden gravar el transporte intraprovincial, no pueden, al igual que la Nación, establecer derechos sobre la libre circulación interjurisdiccional (23) .

Las empresas telefónicas, respecto a su actividad interjurisdiccional en materia de comunicaciones, están sujetas a la jurisdicción nacional y exentas de tributos provinciales, aunque no de todos. Así acontece con las tasas que se aplican por los servicios de control en materia de seguridad e higiene prestados por las provincias respecto de los inmuebles utilizados por aquéllas. Pero ese principio no se extiende a las tasas provinciales o municipales aplicables por la ocupación o el uso de espacios públicos (24) .

## 299. El peaje

El peaje, como derecho que se tributa por el paso de medios de transporte, bienes o personas por determinados caminos, calzadas, puentes, túneles, ríos, canales u otros parajes, es la contribución caracterizada por la circunstancia de que el legislador la asocia con un proyecto de construcción, conservación o mejora que identifica con particular claridad.

Desde un punto de vista constitucional, y en su amplia gama de modalidades, el peaje es una especie de contribución que se impone a quien, voluntariamente, ejerce el derecho de transitar en virtud de lo cual accede a la categoría de usuario de una obra pública, y en razón de ello los fondos recaudados deben ser destinados exclusivamente a satisfacer todos los gastos que demande la construcción, amortización, uso o mantenimiento de esa obra, o de aquellas accesorias o complementarias con las cuales está relacionada de manera de conformar un sistema específico de comunicaciones.

Como en toda relación fiscal, el peaje es creado mediante una ley que obliga al contribuyente, bajo las condiciones que ella determina, a aportar recursos específicos. Pero la obligación de pago está condicionada al efectivo uso de una obra. La imposición se materializa con motivo del uso voluntario de la obra pública por el contribuyente, quedando excluidos todos aquellos que no tienen acceso a ella.

El producto de la contribución debe destinarse a la construcción, amortización, uso o mantenimiento de la obra pública sujeta al derecho de paso, o de aquellas accesorias o complementarias con las cuales está relacionada conformando un sistema específico de comunicaciones. Se dirige a cubrir todos los gastos ocasionados por la obra para posibilitar su real funcionamiento.

El peaje debe ser esencialmente transitorio, porque su razón de ser concluye con la cobertura del costo de la obra. Sin embargo, si el peaje se vincula con la ejecución de trabajos de mantenimiento o con la prestación de servicios de seguridad para el

uso de la obra, puede ser permanente, en la medida en que se requieran recursos para cubrir el costo de tales trabajos y servicios. Claro está que si el monto originario del peaje absorbía la cobertura de gastos por obras o servicios concluidos, deberá ser reducido en función del costo real de las prestaciones subsistentes.

Teniendo en cuenta las características del peaje y los límites resultantes de la Constitución con respecto a la circulación territorial, su validez está condicionada a que no sea un impuesto encubierto. Si los fondos recaudados se afectan a un destino diferente, o si se pretende aplicar el peaje a quienes no ejercen el derecho de uso respecto de la obra en cuestión, nos encontramos frente a un impuesto encubierto vedado por el art. 11 de la Ley Fundamental. En estos casos, la contribución denominada peaje será un impuesto encubierto que grava el tránsito.

Uno de los argumentos expuestos por quienes cuestionan la viabilidad constitucional del peaje consiste en sostener que su validez está condicionada a la existencia de vías alternativas gratuitas de tránsito, por las cuales deberían poder circular las personas, sin estar compelidas, por razones de hecho, a acudir solamente a aquellas en que se aplica el peaje.

Semejante hipótesis reduce sensiblemente la eficacia y extensión del peaje, e imposibilita su aplicación a ciertas obras fundamentales y de envergadura, tales como puentes y canales navegables. Sin embargo, en el peaje el hecho imponible no es el tránsito, sino el uso de ciertas obras públicas afectadas a determinadas modalidades del tránsito y cuya construcción o mantenimiento resultan indispensables para, precisamente, posibilitar el ejercicio de la libertad de circulación.

Cabe destacar que el peaje, que ha tenido recepción normativa en las leyes 17.520, 22.424 y 23.696, entre otras, fue admitido por la Corte Suprema de Justicia (25), con prescindencia de la hipótesis de las vías alternativas, aunque con una amplitud que consideramos excesiva, al destacar, implícitamente, que puede ser fuente ordinaria y genérica del Tesoro Nacional.

### 300. Clasificación de las contribuciones

Los tributos o contribuciones, denominación esta última empleada en la Constitución, pueden ser definidos genéricamente como los aportes proporcionales y obligatorios realizados por los contribuyentes y recaudados por el Estado en ejercicio de su potestad fiscal, para afrontar el cumplimiento de los fines de la organización política global y sin trasponer los límites resultantes de la libertad fiscal.

En materia de tributos, existe cierta confusión terminológica. La propia Constitución hace referencia a los "derechos de importación y exportación" (arts. 4º y 75, inc. 1), "derechos de circulación" (art. 10), "derechos de tránsito" (arts. 11 y 12), "impuestos" (art. 16) y "contribuciones" (arts. 4º, 17, 52 y 75, incs. 1 y 2).

Sin perjuicio de ello, y al considerar la naturaleza jurídica del hecho tributario, las contribuciones, como sinónimo de la expresión "tributos", pueden ser clasificadas en impuestos, tasas y contribuciones especiales. A ellas cabe añadir el peaje como especie particular de los tributos.

### 301. Impuestos

El impuesto consiste en la prestación de valores patrimoniales por el contribuyente, normalmente en dinero, que es establecida obligatoriamente por el Estado como consecuencia de los hechos imposables definidos por la ley y que, en tanto que carece de una contraprestación específica, está destinada a satisfacer las necesidades colectivas de la sociedad.

De acuerdo con la Ley Fundamental, los impuestos pueden ser directos o indirectos. Si bien los criterios para precisar la distinción son variables, ello resulta sumamente importante, debido a que el deslinde constitucional entre los poderes impositivos de la Nación y de las provincias se basa en la clasificación de los impuestos en directos e indirectos.

El art. 75, inc. 2, de la Constitución dispone que la fijación de impuestos indirectos es una facultad concurrente de la Nación con las provincias. En cambio, los impuestos directos son contribuciones que, en principio, sólo pueden ser establecidas por las provincias. Como excepción, pueden ser impuestas por el Congreso nacional siempre que sean proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, que sean establecidas por tiempo determinado y que respondan a una finalidad de defensa, seguridad común y bien general del Estado. Pero, todas las contribuciones que imponga la Nación, ya sean impuestos directos o indirectos, son coparticipables. Quedan excluidos de la coparticipación federal los derechos de importación y exportación y las rentas de Correos. Así lo establece el art. 4º de la Constitución, al disponer que los fondos recaudados quedan destinados a la cobertura de los gastos de la Nación.

El art. 4º agrega, entre las contribuciones cuya recaudación corresponde al Estado federal, aquellas que imponga el Congreso de manera equitativa y proporcional a la población. Fórmula similar a la descripta en el art. 75, inc. 2º, para los impuestos directos, con la salvedad que en éste no se hace referencia a que sean aplicables en todo el territorio de la Nación. Cabría concluir que los impuestos directos implícitamente previstos en el art. 4º son aquellos aplicables en jurisdicción impositiva federal.

Linares Quintana sistematiza los criterios de distinción entre los impuestos directos e indirectos, para lo cual diferencia entre los sistemas italiano, francés y anglosajón.

En el sistema italiano los impuestos directos son los que gravan las manifestaciones inmediatas de la riqueza, tales como la renta o el patrimonio del contribuyente, de modo que existe una relación inmediata entre el objeto y la fuente de la contribución. Cuando el impuesto grava manifestaciones mediatas de la riqueza, tales como el consumo y las transferencias, reviste carácter indirecto.

En el sistema francés los impuestos directos son los que, con carácter permanente, afectan los capitales y las rentas de los contribuyentes. Los impuestos indirectos son los que afectan hechos aislados de producción, consumo o transferencia.

En el sistema anglosajón los impuestos directos son aquellos respecto de los cuales no se opera el fenómeno de la traslación económica, en tanto que la contribución incide sobre el contribuyente de iure, que se confunde con el contribuyente de facto. La traslación se opera cuando el contribuyente de iure transfiere la carga impositiva sobre otras personas que son, en los hechos, quienes efectivamente abonan el impuesto. Cuando el contribuyente no puede transmitir la carga tributaria, aunque la traslación se opere por canales económicos pero no fiscales, el impuesto será directo. En cambio, cuando el contribuyente de iure puede transferir la carga del gravamen a otras personas mediante una vía fiscal, el impuesto será indirecto.

El criterio de la traslación para distinguir a los impuestos en directos e indirectos es esencialmente formal. En efecto, considera impuestos indirectos a todos aquellos que el contribuyente de iure traslada a terceros. Los impuestos a las ganancias y sobre los bienes personales serían impuestos directos porque el titular de la carga fiscal no traslada jurídicamente su importe a terceros. El impuesto al valor agregado y el impuesto a las ventas serían impuestos indirectos porque el contribuyente de iure traslada su importe a un tercero. Básicamente, fue —y es— un criterio jurídico, objetivo y formal para distinguir ambas categorías.

Sin embargo, esa distinción no responde a una realidad económica y ha sido objeto de severas y acertadas críticas. En rigor, en mayor o menor grado, el monto de los impuestos directos se traslada a terceros. En las organizaciones empresarias, tanto los impuestos indirectos como los impuestos directos son elementos que integran el costo productivo que se tiene en cuenta para determinar el precio de los productos. Otro tanto acontece con el precio de los servicios profesionales.

### 302. Tasas

Las tasas consisten en las prestaciones patrimoniales que la ley impone a los contribuyentes con motivo de la prestación o disponibilidad para el uso público de un servicio determinado y cuya finalidad principal es la de cubrir los gastos directos e indirectos ocasionados por la prestación del servicio y su implementación.

Al igual que las restantes contribuciones, su validez está condicionada a la existencia de la causa constitucional.

Las diferencias con el impuesto son las siguientes:

- 1) La tasa se refiere a un servicio público determinado y configura la contraprestación global por su aprovechamiento real o potencial, mientras que el impuesto es de carácter general y carece de una contraprestación específica.
- 2) La tasa tiene por objeto la cobertura de los gastos ocasionados por el servicio y su monto debe guardar relación con ellos, mientras que el impuesto carece de esa

relación con el destino de utilidad pública a que responde y en cambio, generalmente, está ligado a la envergadura patrimonial o de los actos patrimoniales del contribuyente.

3) La legalidad de las tasas está condicionada a la efectiva prestación del servicio que las motiva o a la efectiva posibilidad de su aprovechamiento, mientras que los impuestos están desprovistos del cumplimiento de semejante condición a los fines de su validez constitucional.

La Corte Suprema tiene resuelto que desde el momento en que el Estado organiza un servicio y lo pone a disposición de ciertos particulares, éstos no pueden rehusar el pago aunque no hagan uso o no tengan interés en aquél, porque el servicio tiene como objeto el interés general. En el caso concreto, entendió que las tasas de "aterrizaje", "estacionamiento de aeronaves" y "uso de pasarelas telescópicas" consisten en el precio por el uso por las empresas de aeronavegación de las instalaciones aeroportuarias con el objeto de preservar la seguridad de las personas y de los bienes involucrados en la aeronavegación (26).

El servicio estatal generador de la tasa debe ser un servicio público propio que se satisface mediante el ejercicio del poder fiscal y no del poder de policía. Así, el transporte público, la salud pública o la enseñanza pueden quedar a cargo del Estado y los particulares aunque, en el caso del primero, no se satisfacen mediante la prestación de un servicio público basado en el poder fiscal sino del poder de policía. Son servicios públicos impropios que pueden ser gratuitos para el usuario o quedar sujetos a un precio, pero no a una tasa. La gratuidad o el precio los determina el órgano administrador, mientras que la tasa sólo puede tener origen en una ley del Congreso por aplicación del principio de legalidad en materia fiscal.

La exigibilidad del pago de la tasa requiere que la prestación del servicio sea real y efectiva, aunque, en el caso concreto, el usuario resuelva no hacer uso del servicio. La puesta del servicio a disposición del usuario resulta suficiente para exigir el pago de la tasa al contribuyente, a menos que la ley imponga como condición el uso del servicio.

La carga de la prueba sobre la falta de prestación del servicio para eximirse del pago de la tasa correspondiente recae, en principio, sobre quien alega su inexistencia (27). Sin embargo, y en consideración de las dificultades que presenta la prueba de un hecho negativo u omisión, nuestra doctrina jurisprudencial aceptó, en ciertos casos, que corresponde al Estado acreditar la efectiva prestación del servicio o que éste está a disposición del usuario (28).

Cabe declarar la invalidez del monto de una tasa si abarca una parte significativa del valor correspondiente al objeto que sirve de base para fijar su alícuota, si está desprovista de una proporción aproximada con el costo del servicio, si es un impuesto encubierto, si parte de ella se destina a fines extraños a la cobertura del costo producido por el servicio, o si se despreocupa de la capacidad contributiva del contribuyente. Aunque, respecto de la valoración de la capacidad contributiva, corresponde tener en cuenta la naturaleza y modalidades del servicio (29).

### 303. Contribuciones especiales

Las contribuciones especiales son las prestaciones patrimoniales que deben realizar los contribuyentes con motivo del beneficio particular o enriquecimiento patrimonial que obtienen por la realización de una obra pública o por el desarrollo de una actividad estatal.

Si bien los beneficios de las obras públicas son generales, así como también los provenientes de ciertas actividades desarrolladas por el Estado, ellas pueden originar una ventaja diferencial para ciertas personas de modo de incrementar su volumen patrimonial. Ese beneficio patrimonial determina que la ley les asigne el carácter de contribuyentes por un monto que no puede superar el valor de aquél (30) , y cuyo objeto reside en compensar el costo financiero de la obra pública.

### 304. El ahorro obligatorio

La denominación que legalmente se le asigne a una carga fiscal no es suficiente para definir su carácter, ya que a los fines de verificar su viabilidad constitucional resulta necesario atenerse a la realidad de los hechos, con prescindencia de toda cuestión terminológica.

Con lamentable frecuencia la voracidad fiscal generada por el despilfarro de los fondos públicos impulsa a los funcionarios gubernamentales a crear vías exóticas para incrementar la recaudación de fondos, con total menosprecio de la libertad fiscal.

Una de ellas es el llamado ahorro obligatorio, que consiste en la obligación impuesta a los contribuyentes de entregar sumas de dinero al Estado, con cargo para este último de restituir las a valores nominales y con una baja tasa de interés después de transcurrido un lapso amplio (31) .

El régimen del ahorro obligatorio, si bien participa de algunas características propias de los impuestos, por la circunstancia de generar una contraprestación específica queda excluido del ámbito de estos últimos.

En la relación jurídica resultante del ahorro obligatorio existe una contraprestación, consistente en el reintegro del dinero entregado por el contribuyente con más el interés que establece la ley. De modo que el contribuyente tiene un derecho subjetivo frente al Estado para reclamar una contraprestación específica, circunstancia que no se presenta en materia de impuestos.

El ahorro obligatorio no reúne las características que tipifican a las tasas y contribuciones especiales. Tampoco puede ser integrado a la categoría de los empréstitos.

Los empréstitos, previstos en los arts. 4º y 75, inc. 4º, de la Constitución, consisten en una oferta realizada por el Estado que tiene necesidad de recaudar fondos, los cuales serán reembolsados bajo la forma, en el plazo y condiciones establecidas de antemano en la oferta. Pero la relación jurídica que configura el empréstito

solamente se materializa mediante la aceptación voluntaria de los particulares. La relación jurídica es consecuencia de un acuerdo de voluntades, aunque importe una especie de adhesión, y no de una imposición estatal.

De todas maneras, si se llegara a aceptar el ahorro forzoso como una especie de limitación temporal al derecho de propiedad, la restitución de los importes absorbidos por el Fisco se debería realizar en un plazo razonable. Además, debería abarcar la totalidad actualizada del capital aportado y una renta compensatoria. Esto último no aconteció con el régimen implantado por las leyes 23.256 y 23.549 ya que la restitución de los valores se hizo sobre la base de un criterio nominal, sin atender al agudo proceso inflacionario que se operó durante el lapso de vigencia del empréstito. Ello importó una injustificada lesión al derecho de propiedad que debió haber sido subsanada mediante la correspondiente actualización. El Estado no lo hizo, lo que determinó que el monto restituido fuera el 10% del importe aportado forzosamente por el contribuyente.

La Corte Suprema, de manera explícita, le asignó al ahorro obligatorio la naturaleza de un impuesto (32) , al sostener que era un gravamen adicional a los ya pagados por los contribuyentes y que no se superponía con éstos.

### 305. Derecho o impuesto de aduana

El derecho o impuesto de aduana es el gravamen establecido por ley del Congreso que se aplica con motivo de la importación o exportación, hacia o desde el país, de mercaderías o productos.

Se trata de un impuesto indirecto que sólo puede ser establecido por la Nación y cuyo importe pertenece exclusivamente a ella.

El art. 4º de la Constitución dispone que los fondos del Tesoro nacional se integran, entre otros, con los derechos de importación y exportación. El art. 9º declara que en el territorio de la Nación solamente pueden funcionar aduanas nacionales en las cuales regirán las tarifas que determine el Congreso. El art. 10 añade que, en el interior de la República, es libre el derecho de circulación de los bienes de producción o fabricación nacional, así como también de los bienes de cualquier especie despachados en las aduanas exteriores. Al conformar la base regulatoria de este gravamen, el art. 75, inc. 1º, establece que corresponde al Congreso legislar en materia aduanera y fijar los derechos de importación y exportación, con inclusión de las evaluaciones sobre las que recaigan que serán uniformes en toda la Nación. En tal sentido, y resaltando el poder que incumbe a la Nación sobre la materia, el art. 126 prescribe que las provincias no pueden expedir leyes sobre comercio interior o exterior, ni establecer aduanas provinciales.

El impuesto o derecho de aduana se aplica no sólo como instrumento de percepción de recursos, sino también como medio para instrumentar y regular la política económica. Joaquín V. González destaca que esa contribución es un límite establecido sobre la garantía de entrar y salir del territorio argentino, y de la libertad del comercio y la navegación, como "retribución de las seguridades y beneficios que en él reciben".

Alberdi también resaltaba la importancia del art. 25 de la Ley Fundamental, cuya fuente es el art. 1º, sección 9, de la Constitución de los Estados Unidos. Decía que "las leyes de aduana reglamentarias del art. 25 deben eximir de todo impuesto las máquinas y utensilios para labrar la tierra, los instrumentos que traen alguna innovación útil en los métodos de industria fabril conocidos en el país; los que conducen a entablar las industrias desconocidas, las semillas, los libros, las imprentas, los instrumentos de física experimental y de ciencias exactas".

Compartiendo esa opinión, Joaquín V. González señalaba que el art. 25 de la Constitución prohíbe al Congreso gravar tales bienes con derechos aduaneros, y de manera implícita, a todos aquellos destinados a "impulsar el progreso público como los capitales, objetos, útiles o instrumentos de nuevas industrias".

Cabe destacar que en los Estados Unidos están vedados constitucionalmente los impuestos a la exportación con el objeto, precisamente, de fomentar la producción local. El art. 1º, sección 9, párrafo 5º, dispone que no se aplicarán derechos ni gravámenes a los artículos exportados desde los estados de la Unión.

El texto constitucional de 1853, que reconocía al Congreso el poder de legislar en materia aduanera, fue modificado en 1860. Se estableció que la facultad del Congreso para fijar los derechos de exportación se extendía hasta 1866, momento en que debían cesar como impuesto nacional, al tiempo que tampoco podían serlo provincial. Tal texto fue modificado con la reforma de 1866. Se suprimió la referencia al año 1866, en virtud de lo cual se reservó al Congreso la facultad de imponer impuestos a la exportación sin límite temporal.

Los impuestos o derechos de aduana son tributos que, como tales, son consecuencia del ejercicio por parte del Estado desde su poder en materia fiscal. Poder que, en materia aduanera, la Constitución asigna exclusivamente al Congreso en su art. 17.

Su objetivo, que originariamente respondía a un propósito recaudatorio, fue complementado con una finalidad de política comercial. Pero, cualquiera sea la finalidad, los impuestos de aduana son válidos únicamente si dan fiel cumplimiento a la causa constitucional de los tributos.

Una situación anómala se presenta cuando los derechos de aduana son impuestos por el órgano ejecutivo al margen del principio de legalidad. Tal fue el conflicto suscitado en el curso del año 2008 con motivo de la aplicación de retenciones o derechos de aduana a la exportación de productos agropecuarios. A partir del año 2002, y con el objeto de superar la crisis económica provocada por diversos errores gubernamentales, se decidió, entre otras medidas, imponer un gravamen a la exportación de productos agrarios mediante decretos emitidos por el órgano ejecutivo. El monto del tributo fue, sucesivamente, incrementado, al tiempo que se llegó al extremo de autorizar al Ministerio de Economía para efectuar su determinación.

La potestad fiscal es indelegable. Así como no pueden versar sobre ella los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, CN), tampoco son susceptibles de ser

objeto de una delegación legislativa porque, al margen de la prohibición genérica del art. 76, una interpretación teleológica y sistemática de la Ley Fundamental conduce a igual solución. Pero no se viola el principio de legalidad si el Congreso, al establecer un gravamen fiscal, faculta al Poder Ejecutivo para determinar su cuantificación fijando un tope máximo; o si lo autoriza a variar las alícuotas respetando el máximo y mínimo razonables establecidos por el legislador; o si lo faculta a suspender su aplicación, y en su caso, a dejar sin efecto semejante suspensión.

Sin embargo, con mayor o menor envergadura, la imposición de derechos aduaneros se concreta mediante decretos del Poder Ejecutivo, e incluso mediante simples resoluciones ministeriales, en soslayo del texto del art. 103 de la Constitución. El fundamento reside en que el Código Aduanero sancionado en 1981 regula los derechos o impuestos de exportación y faculta al Poder Ejecutivo para fijar, de modo directo o implícito, el monto del gravamen. Semejante delegación no se compadece con la interpretación citada y permite un ejercicio abusivo de ella que, si bien es susceptible del control judicial, puede acarrear en el ínterin graves y nocivas consecuencias, no solamente para los derechos individuales, sino también para el curso económico progresista de la sociedad.

Conforme al principio de legalidad, cuando el Congreso establece un impuesto debe determinar: 1) Cuál es el hecho imponible; 2) quién es el sujeto pasivo; 3) el monto o alícuota del gravamen.

En tal sentido, el art. 754 del Código Aduanero dispone que "el derecho de exportación específico debe ser determinado por ley". A su vez, los arts. 733 a 749 establecen la base imponible sobre la cual se debería determinar legalmente el monto del impuesto. Sin embargo, el art. 755 se aparta notoriamente del principio de legalidad fiscal cuando autoriza al Poder Ejecutivo a gravar mercadería que "no estuviere gravada con este tributo" (inc. 1º, ap. a)] y a modificar el "derecho de exportación establecido" (inc. c)].

Como se advierte, el Código Aduanero autoriza al Poder Ejecutivo a gravar lo que no está gravado por la ley, a modificar los alcances del impuesto a la exportación y también el monto del gravamen sin limitación alguna.

Asimismo, se autoriza al titular del órgano ejecutivo para delegar el ejercicio de semejantes facultades en el Ministerio de Economía.

No desconocemos que algunos doctrinarios, enrolados en el "neonstitucionalismo" —una nueva faceta del esnobismo constitucional que no compartimos—, podrán alegar que una grave crisis o emergencia pública debe avalar el ejercicio de potestades fiscales por el órgano ejecutivo o una amplia delegación de ellas por el Congreso. Pero este temperamento, que sobre la base de una imperiosa necesidad de tutelar a la sociedad —incluso al margen de la Ley Fundamental— conduce al aniquilamiento de las bondades del secular movimiento constitucionalista, que en modo alguno es estático sino esencialmente dinámico en función de la idea rectora dominante en la sociedad, constituye una invitación para introducirnos a la antesala de un sistema político autocrático.

Lamentablemente, en la práctica no siempre se cumple lealmente con el principio de legalidad, con el consecuente avasallamiento de la libertad fiscal por el poder impositivo. Bajo la apariencia de reglamentaciones, o mediante flagrantes usurpaciones de la facultad legislativa o con la complicidad del Congreso, la autoridad administrativa ejerce la potestad fiscal y establece contribuciones no contempladas por la ley, fija alícuotas impositivas, amplía o reduce la nómina de contribuyentes, lo que coadyuva a vulnerar las más elementales garantías constitucionales.

La sala 2ª de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la invalidez de las retenciones impuestas por resoluciones ministeriales (33).

Con referencia a los derechos de exportación, ellos deben ser establecidos por el Congreso, aunque son susceptibles de limitaciones impuestas por los tratados internacionales en los que sea parte la Argentina. Esas limitaciones se pueden referir al monto del gravamen, a su prohibición o a los procedimientos que deben seguir los Estados parte para expedirse sobre la validez de aquéllas en el ámbito de una tarea hermenéutica. En el caso "Sancor", donde la sala 5ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dejó sin efecto los derechos de exportación establecidos por el Ministerio de Economía para la exportación de ciertos productos lácteos y agua mineral al Brasil y Paraguay, por aplicación del Tratado del Mercosur, la Corte Suprema dispuso que se debía, previamente, requerir la opinión consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (34).

### 306. Interpretación de las leyes fiscales

La interpretación de las leyes fiscales no puede quedar al margen del sistema constitucional en que se sancionan, de modo de desconocer los propósitos personalistas que inspiraron su establecimiento. Esta afirmación conduce a desechar todos aquellos criterios interpretativos que le asignan al poder impositivo una envergadura y una potencia tales que desembocan en la desnaturalización de la libertad y dignidad del ser humano.

En caso de duda sobre los alcances de una norma, cuando el texto legal es oscuro e impreciso, la regla de interpretación aplicable es in dubio pro libertate y no in dubio pro fisco.

Pero, en el curso del proceso interpretativo, corresponde tener en cuenta que la finalidad del poder impositivo no es la de anular la libertad fiscal, sino establecer razonables y equitativas limitaciones a la libertad particular para fortalecer, en forma mediata, la libertad general y posibilitar el progreso permanente de la sociedad a través de la recaudación de los recursos patrimoniales estrictamente necesarios.

No es ésta, lamentablemente, la conclusión que emana del análisis de la copiosa, intrincada y compleja red forjada por la legislación fiscal vigente y por el comportamiento, muchas veces arbitrario y abusivo, de las autoridades fiscales.

Pero sí lo es de la doctrina jurisprudencial que, en líneas generales, puede ser sistematizada en los siguientes principios:

1) La denominación atribuida a un gravamen es insuficiente para definir sus características y precisar sus efectos, ya que en materia tributaria corresponde prescindir del nombre dado a una contribución y atender a su naturaleza.

2) Las leyes impositivas deben ser interpretadas mediante el análisis de todas sus disposiciones como integrantes de un cuerpo orgánico, y no de manera aislada.

3) Las excepciones a las leyes impositivas deben ser interpretadas con criterio restrictivo.

4) Las omisiones en materia impositiva no pueden ser suplidas por vía de la interpretación analógica o por decisión judicial. Por vía de la interpretación analógica, los jueces no pueden establecer impuestos, tasas o contribuciones especiales, o extender sus ámbitos a situaciones que no están explícitamente previstas en la ley. Esta última conclusión también es aplicable a la autoridad ejecutiva en materia fiscal.

5) Los jueces no pueden pronunciarse sobre la conveniencia, la eficiencia, la oportunidad o la finalidad política, social y económica de la norma fiscal, porque la prudencia, acierto o bondad de las leyes fiscales es una cuestión ajena a las funciones del órgano judicial.

6) En caso de duda, la interpretación debe ser favorable a la libertad fiscal y no al poder impositivo.

7) Las leyes impositivas no pueden ser retroactivas, ya que, en virtud del principio de legalidad de los tributos, la ley debe ser anterior al hecho imponible. Agotada la relación fiscal con respecto a un hecho imponible, el Estado no puede restablecer esa relación para agravar las contribuciones satisfechas o crear otras porque estará lesionando los derechos adquiridos por el contribuyente, al margen de acarrear una absoluta inseguridad jurídica (35). El principio de la irretroactividad de las normas fiscales fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades (36). Como excepción, aceptó la retroactividad de ellas respecto de ciertos impuestos como el que grava la transmisión hereditaria de bienes, por haber sido establecido el hecho imponible con posterioridad al fallecimiento del causante pero antes de su producción, como es la aprobación del testamento o la declaratoria de herederos (37). También se aceptó la retroactividad en el caso del impuesto a los bienes personales y de ganancias cuando, si bien la ley es posterior al momento de la adquisición de los bienes o percepción de la ganancia, es anterior a la conclusión del ejercicio fiscal, momento en el cual se produciría el hecho imponible (38). Spisso considera que no son supuestos propiamente de retroactividad sino de pseudo-retroactividad. Se trataría de casos que importan una retroactividad impropia aunque los efectos económicos de la ley se proyectan sobre un lapso en que no estuvo en vigencia.



8) Los errores en que incurre la autoridad fiscal al determinar el monto del tributo no son oponibles al contribuyente de buena fe que honró sus obligaciones fiscales porque se estaría violando la garantía de la seguridad jurídica (39) .

9) Carecen de validez las normas que facultan a la autoridad fiscal para trabar embargos, realizar allanamientos, disponer la apertura de cajas de seguridad o requerir informes a las entidades financieras sin previa orden judicial. Por otra parte, el juez antes de disponer tales actos debe verificar la razonabilidad de la petición, siempre en el marco de un proceso judicial.

10) Los tribunales judiciales solamente pueden expedirse sobre la constitucionalidad de un tributo si éste ha sido objeto de pago y el contribuyente demanda su repetición. Esta regla del solve et repete como condicionante del reclamo judicial constituye, a nuestro entender, una flagrante violación de la garantía del debido proceso y del derecho de toda persona para acceder a los estrados judiciales. De todas maneras, y como excepción, los tribunales se han apartado de ese principio cuando su cumplimiento afecta sensiblemente el patrimonio del contribuyente y resiente la posibilidad de ejercer el derecho de defensa en juicio. Al decidir el caso "Centro de Diagnóstico de Virus", la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el principio solve et repete no es aplicable cuando en la causa existen elementos suficientes que permiten presumir la imposibilidad del apelante para el pago del monto reclamado en atención al giro económico de la empresa (40) . Consideramos que la aplicación del principio solve et repete es inviable como consecuencia de la garantía judicial establecida por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con expresa referencia a los derechos y obligaciones fiscales. Reiteramos que el solve et repete vulnera derechos y garantías constitucionales al tornar exigibles decisiones administrativas que son cuestionadas judicialmente por el contribuyente. Se restringe el derecho de acceder al órgano judicial, el derecho de propiedad, el derecho de defensa en juicio y la garantía de la tutela judicial efectiva. Por otra parte, y como lo destaca Spisso, se trata de un principio desconocido en la legislación tributaria de diversos países, tales como Inglaterra, Estados Unidos, Suiza, Alemania, entre otros, y declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia del Uruguay y por la Corte Constitucional de Italia.

11) El amplio poder impositivo reconocido por la Constitución a las provincias solamente está limitado por la delegación de atribuciones efectuadas al Gobierno nacional. Asimismo, en caso de duda sobre si una materia fiscal está comprendida en la órbita del poder impositivo provincial o nacional, la solución debe ser favorable al primero, por aplicación del art. 121 de la Constitución, en virtud del cual las provincias conservan todos los atributos impositivos que no han delegado a la Nación.

12) La acción de repetición por un impuesto pagado sin causa no puede estar condicionada a la prueba, por el contribuyente, de un empobrecimiento por no haber podido trasladar su importe a un tercero. Si el impuesto pagado no tiene causa constitucional, corresponde su restitución porque, caso contrario, se opera un enriquecimiento ilícito y sin causa del Fisco.

### 307. Distribución del poder impositivo

Uno de los requisitos necesarios para concretar la autonomía política originaria de las provincias en un Estado federal reside en reconocer a aquéllas el ejercicio del poder impositivo. Las provincias, mediante el ejercicio autónomo de ese poder, obtienen los recursos necesarios para el logro de los fines que presupone su existencia, sin estar sujetas a una dependencia económica que perturbe su autonomía política y desnaturalice la esencia del sistema federal.

Tanto la Nación como las provincias deben disponer de sus propios recursos financieros que les resultan indispensables, mediante el ejercicio del poder impositivo sujeto a los límites que emanan de la libertad fiscal.

Las reglas que regulan y coordinan las relaciones entre el poder impositivo provincial y el correspondiente al Estado nacional están contenidas en la Constitución. Ella delimita las competencias en materia tributaria y establece las áreas reservadas a la Nación y las que corresponden a las provincias en virtud del art. 121 de la Ley Fundamental.

Conforme al articulado de la Constitución Nacional, la distribución de competencias es la siguiente:

A) Son de competencia del Estado nacional:

1. De manera exclusiva y permanente, los derechos de importación y exportación y la renta de correos (arts. 4º, 9º, 75, inc. 1º, y 126).

2. En forma permanente y concurrente con las provincias, los impuestos indirectos, los cuales están sujetos a la coparticipación, con la salvedad de aquellos que, en una parte o el total, tengan una asignación específica (arts. 4º, 17, 75, inc. 2º, y 121).

3. Los impuestos directos, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, establecidos por tiempo determinado para la defensa, seguridad común y bien general del Estado, los cuales están sujetos a la coparticipación a menos que, en una parte o el total, tengan una asignación específica (art. 75, inc. 2º).

B) Son de competencia provincial:

1. Los impuestos indirectos en forma concurrente con el Estado nacional (art. 4º, 17 y 121).

2. Los impuestos directos, salvo los que establezca el Estado nacional en todo el territorio del país, por tiempo determinado para la defensa, seguridad común y bienestar general del Estado (arts. 75, inc. 2º, y 121).

Como ya se dijo, el principio general para delimitar la distribución del poder impositivo resulta del art. 121 de la Constitución, según el cual las provincias conservan todo el poder que no han delegado en la Nación. De modo que, en principio, la totalidad del poder impositivo corresponde a las provincias, sujeto a las excepciones taxativamente enunciadas por la Constitución.

La distribución del poder impositivo realizada por la Constitución entre el Estado nacional y las provincias es teóricamente clara y precisa. Sin embargo, en la práctica impositiva, la complejidad y diversidad de los criterios legales y técnicos utilizados para la configuración de la relación fiscal desembocan en soluciones que son, muchas veces, arbitrarias e injustas para los contribuyentes. Además, esa arbitrariedad e injusticia, si bien repercuten en forma inmediata sobre la libertad fiscal individual de los contribuyentes, concluyen proyectándose sobre la comunidad, con su secuela de graves trastornos económicos y sociales.

Uno de tales fenómenos es la superposición impositiva o la doble imposición federal y provincial, cuyos defectos pretenden ser remediados a través de la coparticipación nacional y provincial de los impuestos.

A partir del año 1934, en que fue sancionada la ley 12.139 de Unificación de los Impuestos Internos, se dictaron numerosas leyes convenio que prevén la adhesión de las legislaturas provinciales a un sistema de coparticipación en materia impositiva.

Se trata de leyes sancionadas por el Congreso de la Nación cuyo régimen, de vigencia temporal determinada, lo faculta para dictar normas fiscales, al tiempo que las provincias adherentes quedan inhibidas para ejercer su poder impositivo sobre las materias reguladas. La recaudación de los impuestos enunciados en la ley convenio queda centralizada en el Estado nacional, y se prevé la participación que corresponde a la Nación y a las provincias sobre los montos recaudados, a cuyo efecto se tienen en cuenta diversos elementos, tales como la población, la generación de materias primas, la producción o los gastos realizados por cada provincia. Los impuestos provinciales previstos en las leyes de coparticipación quedan derogados en las provincias que se adhieren al sistema, las cuales no pueden establecer tributos de esa índole durante la vigencia de la ley.

Desde un punto de vista formal, a partir de la reforma constitucional de 1994, entendemos que las leyes convenio no vulneran las normas de la Constitución Nacional a pesar de los reparos que puedan merecer por debilitar la autonomía provincial.

El art. 75, inc. 2º, de la Ley Fundamental, conforme a la reforma concretada en 1994, establece que una ley convenio sancionada por el Congreso, respecto de la cual debe actuar como cámara de origen el Senado, determinará el régimen de coparticipación entre la Nación y las provincias y garantizará la automaticidad en la remisión de los fondos.

Sancionada la ley convenio, su obligatoriedad para cada provincia está sujeta a la adhesión de su respectiva legislatura. Efectuada la adhesión, la ley no puede ser modificada unilateralmente (41).

Si bien la vigencia del régimen de coparticipación requiere de la conformidad provincial, todas las contribuciones indirectas o directas que perciba el Estado nacional y que correspondan a las provincias son necesariamente coparticipables.

La ley convenio que sancione el Congreso deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de sus cámaras, al igual que la ley especial que establezca y modifique asignaciones específicas de recursos coparticipables por tiempo determinado (art. 75, inc. 3º).

Cuando las normas de una ley convenio engloban impuestos directos, cuya sanción está constitucionalmente reservada a las provincias con la salvedad del art. 75, inc. 2º, la prórroga indefinida de las leyes convenio desnaturaliza la exigencia del tiempo determinado prevista en esa norma constitucional. En este caso, se está modificando por acuerdo de partes el sistema de competencia impositiva establecido en la Constitución mediante una delegación inadmisibles de las potestades impositivas provinciales.

Al margen de esta consideración formal, y sin perjuicio de reconocer las bondades que ofrece el régimen de coparticipación frente al fenómeno de la doble imposición, su aplicación ha lesionado sensiblemente la estructura federal de la Constitución, al conducir a la dependencia económica de las provincias respecto del poder central. La inserción de la Nación en las economías provinciales mediante el sistema de coparticipación y el mecanismo de presión política que representa debilita su autonomía y desnaturaliza la eficacia de la garantía federal impuesta por el art. 5º de la Ley Fundamental.

En nuestra práctica institucional, especialmente a partir de 1983, la cesión hecha por las provincias de sus potestades fiscales más importantes en el gobierno central ha deteriorado sensiblemente sus estructuras económicas y recursos para satisfacer las necesidades sociales. Asimismo, la despreocupación provincial por la recaudación de recursos, al delegar su ejecución en la Nación, también ha conducido, en muchos casos, a dilapidar esos recursos a la espera de las compensaciones o adelantos de fondos por la Nación. Tal situación se ha traducido en una realidad patológica: El continuo peregrinaje de los gobernadores provinciales a la Capital Federal en busca de nuevos recursos cuya concesión, con lamentable frecuencia, se condiciona a la adopción por tales gobernadores y legisladores nacionales elegidos en sus provincias de políticas afines o de apoyo al órgano ejecutivo central.

(1) Fallos CS 202:122.

(2) Caso "Famyl S.A.", Fallos CS 323:2256; LA LEY, 2000-E, 629; DJ, 2000-3-580.

(3) Casos "Video Club Dreams", Fallos CS 318:1154 (LA LEY, 1995-D, 247) y "Berkley A.R.T.", Fallos CS 323:3770 (LA LEY, 2001-D, 504).

(4) Fallos CS 326:3169.

(5) Fallos CS 326:4251.

(6) Fallos CS 182:411, 317:1282.

(7) Fallos CS 329:59.

(8) Caso "Apache Energía Argentina c. Provincia de Río Negro", resuelto el 26/3/2009. ED, 29/5/2009.

(9) Fallos CS 326:3899.

(10) Fallos CS 235:888.

(11) Fallos CS 324:1924.

(12) Fallos 307:2340; 308:1932; 313:1375.

(13) Fallos CS 296:92; 308:1694; 310:559 y 750.

(14) Fallos CS 295:157.

(15) Caso "Dugan Trocello, Santiago c. Ministerio de Economía" del 30/6/2005 (Fallos CS 328:2567).

(16) Caso "Candy S.A. c. AFIP", LA LEY, 2009-D, 399.

(17) Fallos CS 287:79.

(18) Fallos CS 297:500.

(19) Caso "Nobleza Piccardo c. Estado Nacional"; Fallos 327:4607; LA LEY, 21/10/2004; IMP, 2004-B, 2060.

(20) Fallos CS 127:387; 174:435.

(21) Fallos CS 280:201.

(22) Fallos CS 286:307.

(23) Fallos CS 188:27.

(24) Fallos CS 320:169 y 621; 321:1052.

(25) Caso "Estado Nacional c. Arenera El Libertador", Fallos CS 314:595; LA LEY, 1991-D, 404.

(26) Caso "Mexicana de Aviación c. Estado Nacional", del 26/8/2008.

(27) Fallos CS 313:1369.

(28) Fallos CS 209:214; 258:211; 275:408.

(29) Fallos CS 234:663; 277:218; 321:1888.

(30) Fallos CS 105:50; 138:161; 195:539; 196:218; 206:21.

(31) El ahorro obligatorio fue establecido por las leyes 23.256 y 23.549.

(32) Fallos CS 318:697 y 788.

(33) Caso "Gallo Llorente c. Estado Nacional" del 23/9/2008.

(34) Decisión adoptada por la Corte Suprema el 6/10/2009.

(35) Fallos CS 283:360; 307:305; 312:2467; 315:984.

(36) Fallos CS 237:556, 266:81, 278:108.

(37) Fallos CS 151:110, 152:272.

(38) Fallos CS Fallos 291:290.

(39) Fallos CS Fallos 321:2933.

(40) Sent. del 2/8/2005; LA LEY, 12/1/2006; DJ, 7/12/2005, p. 1058.

(41) La ley convenio no fue sancionada pese a su imposición por la reforma constitucional de 1994.

## CAPÍTULO XII

### Las libertades políticas

#### SUMARIO

- 308. Concepto y extensión de la libertad política.
- 309. Nacionalidad y ciudadanía.
- 310. Regulación constitucional de la nacionalidad.
- 311. Derecho electoral y sistema electoral.
- 312. Concepto de sistema electoral.
- 313. Técnica electoral.
- 314. Cuerpo electoral.
- 315. Representación política y representación funcional.
- 316. El cuerpo electoral en la legislación argentina.
- 317. Situación de los detenidos y no condenados.
- 318. Sufragio.
- 319. Voto.
- 320. Universalidad del voto.
- 321. Igualdad del voto.
- 322. Secreto del voto.
- 323. Voto obligatorio.
- 324. El voto en la legislación argentina.
- 325. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- 326. Clasificación de los sistemas electorales.
- 327. Sistema de mayoría relativa.
- 328. Sistema de circunscripciones y voto uninominal.
- 329. Sistema de mayoría absoluta.
- 330. Sistema de mayoría absoluta con voto alternativo.
- 331. Sistema de voto limitado o restringido.
- 332. Sistema de la Ley Sáenz Peña.
- 333. Sistemas mixtos.
- 334. Sistema de representación proporcional.

- 335. La representación proporcional en el sistema electoral argentino.

- 336. Sistema de lemas.

- 337. Partidos políticos. Concepto.

- 338. Características y funciones.

- 339. El rol de la oposición.

- 340. Clasificación de los partidos políticos.

- 341. Partidos de opinión y partidos de masa.

- 342. Partidos oficialistas y partidos opositores.

- 343. Partidos de derecha, centro e izquierda.

- 344. Partidos constitucionalistas y autocráticos.

- 345. Sistemas de partidos políticos.

- 346. Regulación constitucional de los partidos políticos.

- 347. Financiamiento de los partidos políticos.

- 348. Caducidad y extinción de los partidos políticos.

- 349. Selección de candidatos y elecciones internas.

- 350. Poderes de hecho y pluralismo.

- 351. Factores de poder y factores de presión.

- 352. Institucionalización de los poderes de hecho.

- 308. Concepto y extensión de la libertad política

La Constitución Nacional no distingue explícitamente las libertades civiles de las libertades políticas. No encontramos en ella una definición de esas categorías que nos permita tipificarlas sobre la base de un enfoque jurídico.

Tal circunstancia no es consecuencia de una deficiente técnica constitucional, porque una constitución no debe ser una obra doctrinaria o científica, sino esencialmente un documento realista, práctico e institucional, destinado a encauzar la solución de los problemas cotidianos de una sociedad organizada políticamente y no a satisfacer las exigencias resultantes de las elucubraciones teóricas.

Mediante la aplicación de un enfoque realista, advertimos que la metodología constitucional es correcta, porque en el marco personalista de la Ley Fundamental ambas libertades son especies de un género único. Tanto la libertad civil como la libertad política son expresiones de la personalidad humana, y entre ellas no existen diferencias en orden a su naturaleza sino a su finalidad.

Por un lado, nos encontramos con aquellas libertades cuyo contenido político solamente se manifiesta con motivo de su ejercicio. Tal es el caso de la libertad de petición ejercida con el propósito de influir sobre el proceso del poder y no solamente como elemento que compone una relación jurídica entre sujetos de derechos.

Por otro lado, nos encontramos con libertades cuya tipificación constitucional solamente permite atribuirles carácter político. Tal es, a título de ejemplo, la situación que contemplan los arts. 36, 37, 38, 39 y 40 de la Constitución.

Las libertades civiles, cuya regulación por las normas jurídicas positivas origina los derechos civiles y la consecuente posibilidad de ejercerlos contando con la tutela legal, están sustancialmente destinadas a satisfacer los intereses legítimos de los individuos o de la sociedad, con prescindencia de la tipificación del sistema político en el cual se desarrollan. Pueden estar relacionadas, en algún caso concreto, con los fenómenos del poder, pero esa relación será esencialmente tangencial, porque su meta es la convivencia social, con independencia de la estructuración política de la sociedad.

Pero esas mismas libertades civiles asumen el rol de libertades políticas cuando el objeto de su ejercicio se relaciona con la conservación, conquista o control del poder político. La meta individual, que puede no estar ausente en ellas, aparece empañada por una finalidad específica vinculada con el poder político de la organización global.

Las libertades de petición, reunión, asociación y expresión, entre otras, son manifestaciones del género libertad que pueden proyectarse tanto en el ámbito civil como en el político. Su reconocimiento por los arts. 14 y 33 de la Ley Fundamental es efectuado con prescindencia de la caracterización civil o política que puedan tener en cada caso concreto.

De manera que, en abstracto, no es correcto calificar una libertad como civil o política. La calificación solamente podrá resultar de la finalidad atribuida al ejercicio de la libertad, salvo cuando la Constitución le asigne una naturaleza específicamente política.

### 309. Nacionalidad y ciudadanía

La población o los habitantes que constituyen el elemento humano sobre el cual se ejerce el poder soberano de un Estado pueden dividirse en tres categorías: extranjeros, nacionales y ciudadanos.

Los extranjeros son aquellas personas que, en virtud de la Constitución y sus normas reglamentarias, no integran nominalmente la comunidad política nacional. Su situación jurídica, tanto en el derecho civil como en el derecho público, puede diferir de la correspondiente a los nacionales y ciudadanos, siempre que no se traduzca en un desconocimiento de la dignidad y condición humana (art. 20 CN).

En tal sentido, las libertades civiles y sus garantías son reconocidas en los arts. 14, 17, 18 y 19 de la Constitución a todos los habitantes del país, sin distinguir entre

nacionales y extranjeros. Asimismo, reforzando esa conclusión, el art. 20 de la Ley Fundamental establece que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, de modo que pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes, y que no están obligados a admitir la ciudadanía ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la discriminación de los extranjeros para ejercer determinadas funciones, incluidas las de carácter judicial subsidiario, es inconstitucional a menos que se acredite su razonabilidad en cuanto a los fines o valores que se procuran resguardar. En tales casos, la prueba de la razonabilidad está a cargo de quien dispone la discriminación (1).

Asimismo, y para fomentar la inmigración y la adopción de la nacionalidad, el art. 21 de la Ley Fundamental establece que los argentinos naturalizados son libres de prestar o no el servicio de armarse en defensa de la patria y la Constitución por el lapso de diez años a partir de la obtención de la carta de ciudadanía.

La nacionalidad define una relación de derecho público entre el individuo y una organización política global, por la cual se afirma su pertenencia a la comunidad nacional sobre la que se sustenta el elemento humano de un Estado. Esa relación genera derechos, deberes y garantías que colocan al individuo en una condición o estado que puede diferir de la que corresponde a los extranjeros que habitan un país. Así, por vía reglamentaria de la Constitución y en un marco de razonabilidad, la ley puede vedar a los extranjeros, y reservar a los nacionales, el acceso a ciertos empleos o el ejercicio de algunas actividades estrechamente vinculadas con la seguridad del Estado.

La ciudadanía, que presupone la nacionalidad, define una relación de derecho político entre el individuo y una organización política global, que lo habilita legalmente para participar en el proceso del poder al ejercer las libertades políticas que prevé la Constitución.

Los vocablos "nacionalidad" y "ciudadanía" definen dos situaciones diferentes. A pesar de la vinculación que existe entre ellos, por cuanto la ciudadanía presupone la nacionalidad, y a pesar de ser empleados frecuentemente como sinónimos, los conceptos de nacionalidad y ciudadanía describen distintas realidades jurídicas y políticas. La nacionalidad se proyecta sobre las libertades civiles; en cambio la ciudadanía, además de comprender aquéllas, se proyecta también sobre los derechos políticos.

La interpretación doctrinaria que distinguía los conceptos de nacionalidad y ciudadanía ha sido expresamente incorporada a la Constitución con la reforma de 1994. El vocablo "ciudadanía natural" que contenía el actual art. 75, inc. 12, de la Constitución, fue sustituido por la expresión "nacionalidad natural". En dicha norma también fue incluida la denominación de "nacionalidad por opción", como especie particular de la nacionalidad natural que se reconoce a los hijos de argentinos nativos nacidos en el extranjero.

De todas maneras, y a pesar de que la Ley Fundamental no distingue conceptualmente los vocablos "nacionalidad" y "ciudadanía", entendemos que no existen reparos constitucionales para que, por vía legal reglamentaria y sin desnaturalizar los principios constitucionales, se proceda a diferenciar ambas categorías de modo de atribuirles distintas consecuencias jurídicas, tal como en su momento lo hizo la ley 21.795. Ello como consecuencia de una interpretación finalista del art. 75, inc. 12, de la Constitución.

### 310. Regulación constitucional de la nacionalidad

El art. 75, inc. 12, de la Constitución atribuye al Congreso una competencia exclusiva para dictar leyes sobre naturalización y nacionalidad con sujeción al principio de la nacionalidad natural. Se trata de una de las potestades delegadas expresamente por las provincias en la Nación, conforme resulta del art. 126 de la Ley Fundamental, que les prohíbe a aquéllas dictar leyes sobre la materia.

El principio fundamental para la determinación de la nacionalidad de una persona es el lugar del nacimiento. Es el sistema del *ius soli*, al cual alude la Constitución cuando menciona la nacionalidad natural.

La nacionalidad originaria o por nacimiento no es la única prevista por la Ley Fundamental. En su art. 20 también contempla la nacionalidad por naturalización. Establece que los extranjeros pueden obtener voluntariamente la nacionalidad argentina cuando media una residencia continua de dos años en la Nación. Asimismo, ese plazo mínimo de dos años puede ser reducido por la autoridad cuando se trate de extranjeros que acrediten haber prestado servicios a la República.

Además de la nacionalidad de origen y de la nacionalidad por naturalización, la Constitución prevé una tercera categoría, que es la nacionalidad por opción. Esta categoría resulta de la interpretación extensiva del art. 89 de la Ley Fundamental, que faculta la elección como presidente o vicepresidente de la Nación de aquellas personas nacidas en país extranjero que son hijos de un argentino nativo. El fundamento de esta cláusula reside en que, al tiempo de ser sancionada la Constitución, existía una cantidad considerable de argentinos nativos que, con motivo de las persecuciones políticas, habían emigrado del país, radicándose con sus familias en el extranjero, donde habían nacido sus hijos.

El régimen de la nacionalidad está regulado por la ley 346, sancionada el 1/10/1869, con las modificaciones establecidas por las leyes 16.801 y 20.835. Conforme al régimen legal vigente son argentinos nativos:

- 1) Las personas nacidas en el territorio nacional, cualquiera fuese la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de ministros y miembros de delegaciones extranjeras residentes en la República.
- 2) Los hijos de argentinos nativos nacidos en el extranjero que optaren por la nacionalidad argentina.
- 3) Los nacidos en las legaciones y buques de guerra de la Nación.

4) Los nacidos en las repúblicas que forman parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata, antes de la emancipación de aquélla, que habiendo residido en el territorio de la Nación manifesten su voluntad de ser argentinos nativos.

5) Los nacidos en mares neutrales bajo pabellón argentino.

Para obtener la nacionalidad por opción, la ley dispone que deben acreditar, ante el juez federal, su calidad de hijo de argentino. No se impone la sustanciación de un proceso judicial, sino solamente la acreditación de la nacionalidad de sus padres.

En cuanto a los argentinos por naturalización, la ley establece que la concesión de la nacionalidad será otorgada por el juez federal a:

- 1) Los extranjeros mayores de dieciocho años de edad que residan en el país dos años en forma continua y soliciten la adopción de la nacionalidad argentina ante el juez federal. La decisión la pueden adoptar directamente sin requerir la conformidad de sus padres y sin ser asistidos por el ministerio pupilar.
- 2) Los extranjeros que sin tener una residencia mínima de dos años acrediten ante el juez federal haber desempeñado con honradez empleos nacionales o provinciales dentro o fuera de la República; haber servido en las fuerzas armadas o haber asistido a una acción de guerra en defensa de la Nación; haber establecido en el país una industria nueva o una invención útil; ser constructor o empresario de ferrocarriles en cualquiera de las provincias; formar parte de las colonias establecidas en el territorio del país, poseyendo en ellas alguna propiedad inmueble; habitar o poblar territorios nacionales en las líneas de frontera o fuera de ellas; haberse casado con una mujer argentina; ejercer el profesorado en cualquiera de los ramos de la educación o de la industria.

Los argentinos nativos o naturalizados que hubieran cumplido los dieciocho años de edad son titulares de los derechos políticos que establecen la Constitución y las leyes reglamentarias, conforme a sus prescripciones. Así lo dispone la ley 346, y añade que no podrán ejercer los derechos políticos quienes se naturalizan en un país extranjero; los que aceptan empleos u honores de gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso, así como los quebrados fraudulentos y los sancionados con sentencias condenatorias que impongan penas infamantes o de muerte.

Consideramos que la pérdida de los derechos políticos debe ser dispuesta por el juez federal en el marco de un proceso legal. Si es notorio el cese de la causal inhabilitante, la rehabilitación del ejercicio de la ciudadanía la decreta de oficio el juez electoral y, de lo contrario, a petición del interesado con acreditación de aquella circunstancia.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que es inviable la pérdida de la nacionalidad argentina nativa. Añadió que una persona puede optar por la nacionalidad argentina o naturalizarse sin perder su nacionalidad de origen y que un argentino nativo o nacionalizado puede adquirir una nacionalidad extranjera pero no podrá renunciar a la argentina. Esta conclusión avala la doble nacionalidad sin que ello importe, necesariamente, la suspensión de la ciudadanía argentina (2).

En principio, para obtener la nacionalidad argentina por naturalización, se requiere una residencia continua en el país no menor a dos años. Pero no es indispensable que esa residencia sea legal. El lapso de la residencia real y la integración del peticionario en la sociedad local resultan suficientes para entender que se dio cumplimiento al requisito de la residencia, en tanto que se purga la condición irregular de su permanencia en la República.

### 311. Derecho electoral y sistema electoral

El derecho electoral es una rama del derecho público que está integrada por el conjunto de normas jurídicas que regulan el sistema electoral aplicable para la designación de los gobernantes y las condiciones que deben reunir las personas para participar en el curso del proceso electoral, ya sea para formar parte del cuerpo electoral o para ser elegidas en ciertos cargos gubernamentales.

Las disposiciones fundamentales en materia electoral están contenidas en los arts. 16, 33, 37, 38, 44, 45, 48, 54, 55, 89, 94 y 99 inc. 4º, y 19 de la Constitución Nacional y sus disposiciones transitorias Segunda, Cuarta, Quinta, Novena y Decimotercera.

Pueden ser objeto de reglamentación legislativa, aunque con cuidado de no alterar o desnaturalizar los principios y el espíritu de la Ley Fundamental.

El derecho político del voto, acto por el cual se pasa a formar parte del cuerpo electoral, está expresamente enunciado en el art. 37 de la Constitución bajo la denominación de sufragio. Además, su reconocimiento se impone en atención a la forma republicana de gobierno que adopta la Ley Fundamental (art. 1º CN) y a la potestad asignada al pueblo para elegir a sus representantes gubernamentales (arts. 33, 44 y 94 CN).

En cuanto a las condiciones que debe reunir una persona para ser elegida en un cargo público, la Constitución establece:

1) El requisito de la idoneidad (art. 16), sobre el cual solamente se puede expedir el electorado en los comicios. No compartimos el criterio que reconoce a los jueces electorales o a las cámaras del Congreso la potestad de valorar la idoneidad ética de los candidatos, subrogándose en los derechos del pueblo elector. Solución que, por otra parte, colisiona abiertamente con el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone, de manera categórica, que la reglamentación de los derechos políticos sólo es viable por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en un proceso penal. La Corte Suprema de Justicia dispuso la inconstitucionalidad de las normas provinciales que impedían la postulación para cargos electorales de ella a las personas detenidas no condenadas en proceso penal (3) . Criterio del cual se apartó la Cámara Nacional Electoral al disponer que la persona a la cual se impidió el acceso al cargo legislativo para el cual había sido elegido, en virtud de lo cual quedó sujeto a una causa penal, no podía presentarse como candidato para ese mismo cargo una vez vencido su mandato, a pesar de que

no mediaba una condena (4) . Solución que no se compadece con el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2) Para ser diputado se requiere haber cumplido veinticinco años de edad, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija o tener dos años de residencia inmediata en ella (art. 48).

3) Para ser elegido senador se requiere 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 tener dos años de residencia inmediata en ella (art. 55).

4) Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación se requiere ser argentino nativo o por opción y cumplir con las demás calidades exigidas para ser electo senador (art. 89).

5) Para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia se requiere ser abogado de la Nación, haber ejercido la abogacía durante ocho años y tener las calidades requeridas para ser senador (art. 111).

6) Para ser designado juez en un cargo de jerarquía inferior al de la Corte Suprema de Justicia, se deben cumplir los recaudos que establece la legislación reglamentaria.

El requisito de la edad mínima, en el caso de los diputados nacionales, se debe cumplir cuando el candidato electo se incorpora a la cámara. En cambio, cuando se trata de senadores nacionales, la edad de treinta años se exige al momento de la elección o en el acto del nombramiento, en el caso de los jueces de la Corte Suprema de Justicia.

La interpretación del requisito de la residencia, exigible a los diputados, senadores, jueces de la Corte Suprema de Justicia, si son argentinos naturalizados o por opción, y para el presidente si es argentino por opción, debe ser flexible. La residencia no equivale al domicilio real ni al domicilio legal o electoral. El requisito de la residencia apunta a cierta conexión física relativa y no permanente o efectiva con el distrito electoral o con el territorio del país, según sea el caso.

### 312. Concepto de sistema electoral

Establecer la naturaleza y los objetivos del sistema electoral constituye la solución para un problema complejo que, en cada caso concreto, nos permitirá conocer el grado de participación política, su índice de representación y la idea política sobre la cual se asienta la estructura política.

En efecto, si bien es cierto que el estudio del sistema electoral puede revestir un carácter puramente formal y jurídico, tal enfoque será incompleto si pretendemos abarcar el contenido del comportamiento electoral frente a un acto político concreto, por cuanto ello nos brindará una visión parcial, limitada y estrecha de los fenómenos que lo componen.

En cambio, si extendemos ese análisis al proceso político global, esencialmente dinámico, y lo relacionamos con las fuerzas, factores, ideas, doctrinas y demás elementos que forjan su desarrollo, el resultado será altamente satisfactorio. Es preferible no limitar la investigación encuadrando el estudio en el marco formado por las diversas normas jurídicas que han consagrado múltiples sistemas electorales, sin perjuicio de rescatar la conveniencia de su análisis como un aspecto parcial y complementario.

En todo tipo de organización política global siempre existió algún procedimiento destinado a ofrecer una solución a dos problemas fundamentales que entroncan con la esencia de la propia organización:

- 1) ¿Quién designa a los gobernantes?
- 2) ¿Cómo son designados los gobernantes?

Sobre tal base, podemos definir al sistema electoral como el procedimiento que se aplica en toda organización política global para designar a los gobernantes y establecer los mecanismos que regulan el acceso al poder, cuyo contenido estará integrado por aquellos elementos que, en cada caso concreto, aporte la idea política dominante.

El contenido del sistema electoral, así como las técnicas utilizadas para materializarlo, fueron muchas veces rudimentarios y elementales si los comparamos con los valores e ideas políticas imperantes en la actualidad. Así, tanto el voto como el sufragio tuvieron aplicación en el curso del proceso político desde la antigüedad, aunque con frecuencia estuvieron desprovistos de las modalidades y requisitos que tuvieron a partir del siglo XIX.

Sin embargo, la vigencia y aplicación del sistema electoral en todas las sociedades políticas globales permanentes, que no se agota con el voto y el sufragio, no debe sorprendernos si aceptamos que no es posible la subsistencia de esas entidades sin la compañía de un sistema electoral.

La presencia de una sociedad global dotada de organización política, por más primitiva que ella sea, estará acompañada por un sistema electoral que, en último término, integra los fundamentos de tal organización y se nutre de las concepciones políticas que sustentan al sistema político mediante una idea genéricamente compartida por los grupos sociales, que les sirve de guía para determinar el contenido de sus conductas. No nos interesa saber si el procedimiento electoral estuvo inspirado por una concepción teocrática, por el azar, la fuerza, la voluntad de un cuerpo electoral amplio o restringido, o por la decisión política emanada de una personalidad dominante. No nos interesa si las técnicas electorales fueron determinadas por el sufragio revestido con las modalidades democráticas, por la voluntad divina, por la voluntad de un líder o por las leyes de la herencia. Ello es así por cuanto lo esencial a los fines de la organización política global y su permanencia es el procedimiento y no su contenido técnico o ideológico.

### 313. Técnica electoral

Si bien la finalidad de las técnicas electorales contemporáneas es similar a las que tuvieron aquellas que se aplicaron en el seno de las organizaciones políticas anteriores al Estado moderno, su contenido ha variado sustancialmente. Así, las técnicas que se aplican actualmente tienen su origen en las primitivas organizaciones políticas, que adquirieron paulatinamente una serie de modalidades que le otorgan una dimensión diferente. Ya no se limitan a ser las herramientas destinadas a integrar el gobierno, sino que además son los medios para hacer efectiva la participación del pueblo, directa o indirectamente, en el proceso político.

Las modalidades básicas que presentan las técnicas electorales modernas son las siguientes:

- 1) Ampliación del cuerpo electoral, mediante la concesión del derecho de voto a sectores sociales que estuvieron marginados políticamente. Las limitaciones impuestas por razones de edad, sexo, nacionalidad, residencia, propiedad, educación han sido suprimidas o considerablemente atenuadas.
- 2) Consideración de la racionalidad como guía para modelar las técnicas electorales, con prescindencia de los elementos fortuitos, religiosos o de fuerza que pudieron haber determinado sus contenidos.
- 3) Aplicación de garantías efectivas para encuadrar el proceso electoral en un marco de libertad. La designación de los gobernantes, la participación del pueblo en el proceso político y el control de los actos de los gobernantes por los gobernados requieren de una dosis elevada de libertad para evitar que en la práctica política resulten desnaturalizados los objetivos de una idea política dominante de raíz democrática.
- 4) Legitimación de los gobernantes sobre la base de principios electorales cuantitativos, que presupone una relativa capacidad del cuerpo electoral para ejercer el sufragio con moralidad y responsabilidad. Esa capacitación del cuerpo electoral reduce los riesgos resultantes de la aplicación arbitraria de los principios mayoritarios, que suele conducir a la designación de gobernantes ineptos para dirigir los destinos de un país, sin perjuicio de su eventual habilidad para afrontar el proceso de la conquista del poder.

Estas características no son definitivas. El dinamismo de la vida humana genera una transformación constante de valores e ideas que responden a las nuevas e inagotables necesidades sociales. Ello permite descartar la subsistencia permanente de las estructuras electorales modernas y afirmar, para el futuro, la vigencia de nuevos contenidos y modalidades que depararán a las actuales una consideración ilustrativa y pintoresca.

### 314. Cuerpo electoral

Una de las características que tipifican a los actuales sistemas electorales consiste en el funcionamiento de un órgano que, en representación de los gobernados,



procede a designar a los gobernantes. Así, la respuesta a la pregunta sobre quién designa a los gobernantes no dependerá de principios religiosos, hereditarios o de la voluntad de un individuo o grupo social, sino de una idea política dominante que atribuye aquella función, en principio, a todo el pueblo.

Si nos ajustamos al rigor científico, el pueblo como unidad global no es sinónimo de cuerpo electoral. Solamente algunos, o muchos, de los componentes del pueblo o de la comunidad política participan en el cuerpo electoral. Una porción de los gobernados, en virtud de integrar el cuerpo electoral, ejerce la función por cuyo intermedio se conforman los órganos representativos del Estado.

Aquí advertimos un fenómeno de doble representación. Por una parte, una porción del pueblo, como titular del poder, por razones prácticas y de eficiencia no lo ejerce en forma directa, sino que atribuye tal función a un grupo de personas que integran el gobierno. Por otra parte, quienes hacen efectiva esa atribución e integran el cuerpo electoral representan a su vez a todos los miembros de la comunidad política que, voluntariamente o por disposición de la legislación electoral, no forman parte de ese cuerpo. Así, el cuerpo electoral representa directamente a la comunidad política y los gobernantes representan en forma inmediata al cuerpo electoral y, de manera mediata, a la comunidad política.

El cuerpo electoral está compuesto por el conjunto de personas a las cuales se les reconoce el derecho de voto y que, efectivamente, ejercen ese derecho al designar a los gobernantes por medio del sufragio.

Los individuos, al ejecutar el acto del voto, pasan a formar parte del cuerpo electoral que, mediante el ejercicio del sufragio, designa a los gobernantes. Por su parte, esos gobernantes, que no han sido elegidos por individuos aislados sino por un cuerpo, ejercen la representación de este último, así como también la de aquellos sectores de la comunidad que no integran el cuerpo electoral pero que, a su vez, están representados por él.

La técnica de representación sobre la cual se desenvuelve el funcionamiento de los cuerpos electorales en las sociedades políticas modernas ha sido considerada como uno de los instrumentos más importantes utilizados en el curso del desarrollo político de la humanidad. Conforme a ella, el cuerpo electoral no se limita a designar a los gobernantes, sino que además les atribuye la representación de la comunidad política, con la consiguiente responsabilidad y obligación de rendir cuenta de sus actos.

### 315. Representación política y representación funcional

La representación resultante de un proceso electoral puede ser política o funcional.

En la representación política la autoridad de los gobernantes emana en forma integral y genérica de toda la sociedad, con prescindencia de los intereses particulares de los grupos sociales que la componen. En el cuerpo electoral se integran todos los sectores de la sociedad que, al incorporarse a él, quedan desprovistos de su carácter sectorial a través de una fusión de los intereses

particulares que desemboca en la expresión de un interés general y colectivo: el bien común.

Con la representación funcional se procura reflejar en la composición gubernamental a los diversos sectores que integran la estructura socioeconómica, los cuales conservan su carácter representativo de los grupos intermedios.

Esta especie de representación puede expresarse en consejos económico-sociales con poder decisorio, en el corporativismo, o en una de las cámaras legislativas de un sistema bicameral o multicameral.

Pero en todos los casos se procura preservar la manifestación de los grupos intermedios en el órgano gubernamental que será el encargado de exponer la voluntad política del Estado.

El mayor inconveniente que tiene la representación funcional reside en armonizar los intereses sectoriales en función del bien común. Los sectores representativos de los diversos intereses procuran priorizar la satisfacción de ellos mediante la utilización de las herramientas gubernamentales puestas a su disposición con el consecuente riesgo de provocar fisuras en la sociedad y enfrentamientos entre los diversos grupos sociales. Se produce una suerte de atomización en la política gubernamental que impide el desarrollo de una línea relativamente uniforme y acorde con el bien común.

La representación política, que es global y colectiva, origina el mandato representativo y libre, conforme al cual los gobernantes asumen la representación de todos los sectores sociales concebidos como una unidad, sin estar sujetos a las instrucciones particulares de sus electores. Este es el sistema que impone el art. 22 de la Constitución al disponer que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental.

Esta concepción se opone a la del mandato imperativo donde el mandatario debe adecuar su conducta a las órdenes e instrucciones que le imparta su elector, pudiendo, caso contrario, ser removido de su cargo.

### 316. El cuerpo electoral en la legislación argentina

La composición del cuerpo electoral está determinada por las normas reglamentarias de la Constitución Nacional. La ley 19.945 y sus normas modificatorias establecen el Código Electoral Nacional, en el cual se fijan las condiciones positivas y negativas que deben reunir las personas para ejercer el acto del voto y, consecuentemente, integrar el cuerpo electoral.

Como regla general, pueden formar parte del cuerpo electoral todos los ciudadanos, sin distinción de sexo, ya sean nativos, por opción o naturalizados (art. 1º). Ello importa asignarle al voto carácter universal, pero no absoluto, ya que la ley establece una serie de impedimentos que excluyen del cuerpo electoral a quienes están comprendidos en las causales de inmadurez, indignidad o incapacidad política.

Los impedimentos provenientes de la inmadurez son:

1) Edad. No pueden integrar el cuerpo electoral las personas que no tengan 18 años de edad cumplidos al momento del acto electoral (art. 1º). La ley presume que a partir de esa edad los individuos gozan de la aptitud suficiente para decidir sobre el destino político de la Nación con prescindencia del grado de capacidad civil que les atribuya la legislación específica. Además de tener esa edad, deben estar incorporados al registro o padrón electoral. Si bien la legislación electoral argentina está enrolada en la tendencia universal que reconoce el voto a quienes cumplieron 18 años de edad, su escala de valores no era congruente con la prevista por la legislación civil, que desconocía la aptitud de los menores de 21 años de edad para realizar actos civiles o comerciales de una importancia significativamente inferior a la que tiene el acto de votar. La incongruencia fue relativamente subsanada mediante la ley 26.579, sancionada el 2/12/2009, que reformó el Código Civil y dispuso que son menores las personas que no hubieren cumplido 18 años de edad. A partir de los 18 años de edad son titulares de todos los derechos y obligaciones que imponga la legislación, con una salvedad: en materia de previsión y seguridad social los beneficios que tienen los menores de edad se extienden hasta los 21 años, con inclusión de la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos.

2) Demencia. Tampoco pueden votar los dementes declarados tales en juicio (art. 3º, inc. a)).

3) Sordomudos. La ley electoral (art. 3º, inc. b)) excluía a los sordomudos que no supieran hacerse entender por escrito, en reproducción de una limitación equivalente a la contenida en el art. 153 del Código Civil. La causa de este impedimento guardaba estrecha relación con las que generan la exclusión de los analfabetos y semianalfabetos, que no están previstas por las normas electorales. Este impedimento fue derogado por la ley 26.571, publicada el 14/12/2009.

Los individuos que están excluidos del cuerpo electoral por razones de indignidad política son:

1) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena (art. 3º, inc. e)).

2) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales o provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años, y si son reincidentes por el término de seis años (art. 3º, inc. f)).

3) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble del término de la duración de la sanción (art. 3º, inc. g)).

4) Los declarados rebeldes en causa penal, hasta el cese de la rebeldía o hasta que se opere la prescripción (art. 3º, inc. i)).

5) Los inhabilitados según las disposiciones de la ley 23.298, que regula los partidos políticos.

6) Las personas que están inhabilitadas para el ejercicio de los derechos políticos, conforme a otras prescripciones legales y reglamentarias (art. 3º, inc. m)).

Los impedimentos derivados de la incapacidad política son:

1) La nacionalidad. En el orden nacional, el cuerpo electoral se compone solamente con aquellas personas que tienen la nacionalidad argentina, ya sean nativos, por opción o naturalizados, mientras que los extranjeros quedan excluidos (art. 1º).

2) Registro. Los ciudadanos que no figuran en el padrón electoral definitivo, cuya impresión concluye treinta días antes del acto electoral (art. 2º).

Siguiendo las prácticas electorales que se registran en algunos países, la ley 24.007, reglamentada por el decreto 1138/93, permite el voto en el extranjero de los argentinos que residen de manera efectiva y permanente fuera del territorio de la Nación. Para ello se deben inscribir en el Registro de Electores Residentes en el Exterior, acudiendo a las representaciones diplomáticas o consulares de su país de residencia. Asimismo deberán acreditar cuál fue su último domicilio en la República Argentina para ser incorporados al padrón electoral que corresponda al distrito donde se adjudicarán los votos emitidos. De no poder acreditar ese domicilio, se considerará como tal el del lugar de su nacimiento en el país y, en el caso de los argentinos por opción, el último domicilio de los padres.

Los votos emitidos se remiten a la Junta Electoral Nacional del distrito correspondiente. En este caso no es obligatoria la inscripción en el Registro ni la emisión del voto.

317. Situación de los detenidos y no condenados

En su texto originario, la ley 19.945 contenía otros impedimentos. Alcanzaban a los soldados conscriptos de las Fuerzas Armadas y los agentes, gendarmes, marineros o sus equivalentes de las Fuerzas de Seguridad de la Nación y las provincias, así como también a los alumnos de los institutos de reclutamiento de esas fuerzas, tanto en el orden nacional como provincial. Estos impedimentos fueron derogados por la ley 24.904 de 1997.

Otro tanto acontecía con los infractores a las leyes del servicio militar, hasta que cumplieran con el recargo que establecían las normas vigentes; los que registraban tres sobreseimientos provisionales por delitos que merecían una pena privativa de libertad superior a tres años y por igual plazo a contar desde el último sobreseimiento; los que registraban tres sobreseimientos provisionales por delitos consistentes en sostener, administrar o regentar casas de tolerancia, por el término de cinco años a contar desde el último sobreseimiento; y los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperaran su libertad.

Estos impedimentos fueron derogados por la ley 25.858 de 2003 y como consecuencia de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Alianza Frente para la Unidad" (5) y "Mignone" (6) .

En el caso "Mignone", la Corte Suprema, al confirmar por unanimidad la sentencia dictada por la Cámara Nacional Electoral, declaró la inconstitucionalidad de la norma del Código Nacional Electoral que negaba el voto a las personas detenidas por orden de juez competente mientras no recuperaran su libertad. La razonabilidad de la sentencia provenía no solamente del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también de una interpretación sistemática de ella y de la propia Constitución federal.

Así, conforme al art. 8º, inc. 2º, de la Convención, toda persona a la cual se le imputa la comisión de un delito disfruta de la presunción de inocencia hasta que no se establezca judicialmente su culpabilidad por sentencia firme. A igual conclusión se arriba mediante un análisis del art. 18 de la Constitución Nacional y de una interpretación teleológica de su texto.

Por otra parte, se estaría desconociendo el principio de igualdad ante la ley, porque a los procesados detenidos se les negaba una potestad que podían ejercer quienes disfrutaban de una libertad provisoria durante el curso de la causa penal.

Consideramos que los fundamentos expuestos en el caso "Mignone" son válidos para disponer la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. i), del Código Nacional Electoral, que priva de la potestad de votar a los declarados rebeldes en una causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción. Respecto de ellos, también debe funcionar la garantía de la presunción de inocencia.

#### 318. Sufragio

La primera parte del art. 37 de la Constitución establece que "el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio".

Así, incurre en el error de confundir dos conceptos que definen realidades distintas en un sistema representativo, como son el sufragio y el voto.

El sufragio es una función política ejercida por el cuerpo electoral en el marco de un sistema determinado, mediante el cual se procede a designar a los gobernantes.

El sufragio no es un derecho ni un deber, características que podrán corresponder al acto individual del voto. Se trata de una función política ejercida por una fuerza política orgánica, que es el cuerpo electoral, por cuyo intermedio se integran los órganos gubernamentales que ejercen la representación de la comunidad política.

En una democracia constitucional es necesario que los ciudadanos, identificados con el cuerpo electoral, gobiernen directamente o por medio de sus representantes legítimos. En este último caso, la acción se concreta por los preceptos resultantes de la doctrina de la representación política que impone el sufragio.

#### 319. Voto

La racionalización del poder político confirma la necesidad impostergable de reconocer a todo ciudadano, naturalmente capacitado, el derecho de participar, en un plano de igualdad, en el proceso electoral, e integrar a tal efecto el cuerpo al cual se le asigna la titularidad del sufragio.

Tal necesidad solamente se puede satisfacer mediante el establecimiento del voto con las modalidades impuestas por la idea política dominante. Por ello, el ejercicio del voto ya no puede ser limitado a un número reducido o previamente seleccionado con criterio restrictivo de ciudadanos, sino que se extiende a un electorado numeroso.

La idea política dominante impone que nadie puede ser excluido del cuerpo electoral, salvo en los casos excepcionales fijados por razones elementales de inmadurez, indignidad o incapacidad política.

El voto, como acto político individual por el cual los ciudadanos pasan a formar parte del cuerpo electoral, presenta dos características democráticas esenciales —universalidad e igualdad— y dos características circunstanciales —secreto y obligatoriedad— que no hacen a su esencia democrática.

#### 320. Universalidad del voto

Asignar al voto carácter universal significa que no se puede condicionar el ingreso de los ciudadanos al cuerpo electoral por razones físicas, económicas, sociales, raciales o religiosas. Claro está que esto no significa que el carácter universal del voto sea absoluto. Pero dicho carácter universal requiere que los impedimentos que se establezcan a los ciudadanos para votar sean determinados por razones elementales de indignidad, inmadurez o incapacidad política.

La universalidad del voto hace referencia a las condiciones que debe reunir una persona para poder integrar el cuerpo electoral, o los impedimentos sobre los cuales se basa su exclusión. Tales impedimentos son generados por los tres factores ya nombrados: inmadurez, indignidad e incapacidad política. La mayor o menor intensidad de tales impedimentos nos permite conocer el grado de universalidad del sistema electoral.

#### 321. Igualdad del voto

La igualdad en el voto significa que la situación política de cada ciudadano en el momento de ejercer el acto del voto debe ser idéntica a la de los restantes ciudadanos. La gravitación electoral de cada ciudadano debe ser equivalente a la que tengan los demás, lo cual se refleja en la fórmula clásica: un hombre equivale a un voto.

La violación del principio se concreta mediante sistemas electorales que atribuyen a ciertos individuos un número de votos mayor que a los demás. El voto plural se manifiesta a través del llamado voto familiar, en el otorgamiento de un número adicional de votos a aquellos ciudadanos que cumplen con ciertos requisitos intelectuales o económicos, o en la facultad otorgada a ciertas personas para integrar varios colegios electorales.

#### 322. Secreto del voto

El secreto no es una condición teóricamente esencial del voto, que haga a su naturaleza conforme a los preceptos de la democracia constitucional. Por el

contrario, en una sociedad perfecta el ideal está representado por el voto público, ya que nadie debería sentir temor en dar a publicidad el contenido del acto por cuyo intermedio asume una responsabilidad ciudadana.

Sin embargo, el análisis de la realidad social y política revela que la vigencia del voto público conduce necesariamente a su desnaturalización mediante el fraude. Por tal motivo, a partir del siglo XIX comenzó a generalizarse la aplicación del voto secreto, cuya eficacia se aseguró mediante la instrumentación de diversas técnicas.

El voto secreto no excluye la posibilidad de las amenazas y coacciones en colegios electorales pequeños, pero en términos generales su contribución para erradicar el fraude electoral ha sido decisiva.

### 323. Voto obligatorio

Algunos sistemas electorales, además de las tres características ya descriptas, asignan al voto el carácter de obligatorio. En estos casos, bajo el apercibimiento de una sanción legal, se impone a los ciudadanos la obligación de integrar el cuerpo electoral, sin que interese el contenido del voto, que puede ser positivo, en blanco o nulo.

La implantación del voto obligatorio tiene por finalidad evitar los riesgos que producen las abstenciones electorales, y por su intermedio se procura:

- 1) Subsana la naturaleza imperfecta de los hombres y su presunto desinterés por las cuestiones políticas que no se vinculan, en forma directa, con sus intereses materiales o espirituales, al cubrir parcialmente los vacíos provocados por una deficiente educación cívica de los ciudadanos.
- 2) Evitar que el desinterés de la mayoría permita el acceso al poder de una minoría activa y politizada que no sea representativa de la comunidad.
- 3) Elevar el grado de representatividad del gobierno y del sistema político.
- 4) Fomentar la educación política de los ciudadanos, ya que el voto obligatorio constituye un acicate que los impulsa a prestar mayor atención a los problemas y soluciones que se plantean en el curso del proceso electoral.

Sin perjuicio de las ventajas que pueda presentar el voto obligatorio, no constituye un requisito esencial a los fines del sistema democrático constitucional, y su aplicación en los regímenes que tienen un grado aceptable de madurez política ha o frecido resultados poco satisfactorios.

### 324. El voto en la legislación argentina

Conforme al art. 37 de la Constitución y al Código Electoral, establecido por la ley 19.945 y sus modificatorias, el voto presenta todas las características necesarias que permiten su encuadre en la concepción de un sistema democrático constitucional. Así, se consagran los principios de universalidad, igualdad, secreto y obligatoriedad del voto.

El art. 12 de la ley establece el deber de votar. Solamente se exime del cumplimiento de esta obligación a los mayores de setenta años de edad, a las autoridades judiciales que deben controlar el acto electoral, a los que el día de la elección se encuentren a más de 500 kilómetros del lugar donde están registrados para votar, a los enfermos, a todos aquellos que por razones de fuerza mayor no puedan concurrir al lugar indicado para votar y a las personas que deban prestar servicios públicos durante el transcurso del acto electoral.

La Cámara Nacional Electoral no aceptó como causa justificativa del incumplimiento del deber de votar la objeción de conciencia basada en razones religiosas. Si bien el rechazo obedeció a que la accionante no había impugnado su incorporación al padrón electoral, lo cual importaba haber consentido el régimen legal, en rigor la objeción de conciencia quedaba a salvo con la posibilidad de votar en blanco o de anular el voto (7), pero no respecto a la obligación de emitir el voto y participar en un proceso político electoral.

No existen reparos para que, por vía legislativa, se amplíen las excepciones a la obligación de votar. Particularmente, las referentes a la edad que, en atención a los fines a que obedece su imposición, podría ser reducida.

La sanción fijada por la ley para aquellos que no cumplan con el deber de votar consiste en una multa y en la inhabilitación para desempeñar funciones o empleos públicos durante tres años a partir de la fecha de la elección (art. 125).

Conforme a la ley 23.298, los partidos políticos monopolizan el proceso de selección de las candidaturas, circunstancia esta última cuya constitucionalidad ha sido reiteradamente cuestionada, aunque fue reconocida por la Corte Suprema en el caso "Ríos"(8).

Cabe tener en cuenta que el monopolio asignado a los partidos políticos para seleccionar los candidatos a cargos públicos electivos está impuesto por la ley y no por la Constitución. El art. 38 de esta última les reconoce competencia para postular candidatos pero no establece la exclusividad.

Con la cláusula dispuesta en el art. 37, los caracteres de universalidad, igualdad, secreto y obligatoriedad del voto revisten naturaleza constitucional. De modo que, al margen de los reparos científicos que pueda merecer el voto obligatorio, su establecimiento se impone por expresa disposición constitucional y con las excepciones que pueden emanar de la legislación reglamentaria.

### 325. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

El segundo párrafo del art. 37 de la Constitución dispone que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios será garantizada con acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. Por su parte, la segunda de las disposiciones transitorias de la Ley Fundamental aclara que esas acciones positivas no podrán ser inferiores a las vigentes legislativamente al tiempo de ser reformada la Constitución y durante el lapso que determinen las leyes respectivas.

La igualdad política entre hombres y mujeres resulta de una interpretación teleológica de la Constitución, complementada con una interpretación sistemática de su texto.

De esa interpretación resulta claro que, por aplicación del principio de igualdad previsto en el art. 16 de la Constitución y del requisito de idoneidad como única condición exigible para el acceso a los cargos públicos, que también prevé esa norma, será discriminatoria y por ende inconstitucional toda medida que pretenda efectuar una distinción entre las personas en atención al sexo de las mismas.

Sin embargo, los convencionales de 1994 prefirieron darle rango constitucional expreso a esa interpretación. Las discriminaciones que se operan en el seno de los partidos políticos que ellos integran y la razonable presión ejercida por las mujeres cuya vocación política las conduce a participar en la vida partidaria determinaron la inserción de aquella cláusula constitucional.

La paradoja reside en que los hombres que integran la denominada "clase política" y que, en su mayoría, conformaron la Convención de 1994, no han sido proclives a permitir la participación de las mujeres en el seno de los partidos políticos, especialmente para ocupar cargos relevantes.

La cláusula transitoria segunda, al hacer referencia a que las acciones positivas del art. 37 no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la ley, parecen destinadas al sistema establecido por la ley 24.012. Esa norma dispone que las listas de candidatos que presenten los partidos políticos deberán tener un mínimo del 30% de mujeres y en proporciones con posibilidad de resultar electas. A su vez, el decreto 379/93, reglamentario de la ley, establece que en las listas partidarias se debe ubicar una mujer entre los tres primeros candidatos y así sucesivamente. Asimismo, en caso de ser dos los candidatos, uno de ellos debe ser mujer, con prescindencia de su idoneidad.

Es opinable si la escala del decreto 379/93 y la propia ley 24.012 son constitucionales en la medida en que imponen fórmulas arbitrarias con total prescindencia del principio de idoneidad y, en definitiva, pueden traducirse en mecanismos discriminatorios para el hombre y para la propia voluntad popular.

#### 326. Clasificación de los sistemas electorales

Existen diversos criterios para efectuar una clasificación de los sistemas electorales.

Uno de ellos consiste en tomar como base la organización territorial aplicada para el funcionamiento del cuerpo electoral. En este caso, el sistema puede ser uninominal o plurinominal. Es uninominal cuando el territorio y el cuerpo electoral se dividen en tantas zonas y organismos como cargos electorales haya que cubrir. Es plurinominal, en cambio, cuando en una unidad territorial todos los cargos electorales son cubiertos por un solo cuerpo electoral. Como fórmula intermedia, la organización territorial puede ser binominal o trinominal. Según el caso, los votantes de cada zona expresan su preferencia por dos o tres candidatos.

Los sistemas electorales pueden ser directos o indirectos. En los primeros, la designación de los gobernantes corresponde al cuerpo electoral primario, quien no delega esa atribución en un cuerpo electoral secundario y diferente. En los sistemas indirectos, el cuerpo electoral primario decide sobre la composición de un cuerpo electoral secundario, al cual corresponde designar a los gobernantes.

El sistema electoral indirecto para la designación del presidente, vicepresidente y senadores nacionales se aplicó en la Argentina hasta la reforma constitucional de 1994. El presidente y vicepresidente eran elegidos por electores designados por los votantes. Si ninguno de los candidatos obtenía el voto de la mayoría absoluta de los electores, el Congreso, reunidas ambas cámaras en asamblea, debía elegir entre los dos candidatos más votados. Los senadores nacionales eran elegidos por las legislaturas provinciales, con la salvedad de los correspondientes a la Capital Federal cuya elección se concretaba de manera similar a la presidencial. El sistema indirecto subsiste para la elección de los jueces, que conforman uno de los tres órganos del gobierno.

Sobre la base de la participación de las minorías en la integración de los cargos electorales, los sistemas se clasifican en mayoritarios, minoritarios y mixtos. En los primeros, se adjudican todos los cargos electorales a los candidatos que obtienen mayor número de votos, ya sea en forma absoluta o relativa. En los segundos, se procura asegurar la elección de algunos candidatos minoritarios. En los terceros, finalmente, se pretende conciliar los sistemas mayoritarios y minoritarios mediante la distribución de los cargos electorales en atención al caudal de votos obtenidos por los candidatos.

Estas clasificaciones no permiten establecer con un grado relativo de certeza la ubicación de los sistemas según un orden de representatividad. En este último caso, más que de una clasificación propiamente dicha se impone una descripción comparativa de los sistemas que atienda a su grado de intensidad representativa.

#### 327. Sistema de mayoría relativa

Es el sistema más simple para la asignación de los cargos electorales, basado en la idea de que el gobierno debe quedar en manos de la mayoría con exclusión de las minorías.

Con este sistema resultan electos los candidatos que obtienen una mayoría simple de votos, ya sea en forma individual o por integrar la lista de candidatos más votada en un sistema de lista cerrada. El funcionamiento del sistema requiere de la presencia de tres o más candidatos por cada cargo electoral, ya que si ellos se limitan a dos, el sistema, en la práctica, producirá iguales resultados que el de la mayoría absoluta.

El índice de representatividad de este sistema tiende a disminuir a medida que aumenta el número de los candidatos, como consecuencia de la dispersión del electorado.

Este sistema fue establecido por la primera de las leyes electorales argentinas basadas en el sistema constitucional de 1853/60, para la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de los senadores por la Capital Federal. En cada distrito electoral, en forma verbal o escrita, el electorado votaba por tantos candidatos como cargos se debían cubrir, para lo cual podía confeccionar una lista de candidatos, respetar la elaborada por los partidos políticos, o bien introducir en esta última las modificaciones que estimara convenientes.

Al concluir el acto electoral, se levantaba un acta en la cual se anotaba a todos los candidatos con el número de votos que hubiesen obtenido, comenzando con aquel que hubiera logrado la mayor cantidad de votos. La elección se concretaba por simple mayoría de votos, y así resultaban electos aquellos candidatos que individualmente conseguían el mayor número de votos, ya que el escrutinio no era por lista sino por candidatos (arts. 30 y 36 de la ley 140).

Este sistema, que rigió entre los años 1857 y 1902, y de 1905 a 1912, tornó sumamente difícil la representación de los grupos políticos minoritarios, debido a que en la mayoría de los casos los electores se pronunciaban por la totalidad de los candidatos propuestos por un partido político sin efectuar tachaduras o sustituciones. Tal circunstancia determinó que el sistema fuera conocido con el nombre de "lista completa", a pesar de que no era, precisamente, un sistema de lista cerrada, dado que el escrutinio se realizaba por persona.

En la actualidad, y por disposición del art. 54 de la Constitución, el sistema de mayoría relativa se aplica parcialmente para la elección de los senadores que representan a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires. Resultan electos los dos candidatos del partido político que obtiene el mayor número de votos y el primer candidato de la agrupación política minoritaria más votada.

### 328. Sistema de circunscripciones y voto uninominal

Una variante del sistema de mayoría relativa, aunque también aplicable en un sistema de mayoría absoluta, es el sistema de circunscripciones y voto uninominal que, con el propósito de facilitar la representación de las minorías, fue establecido el 28/12/1902 por la ley 4161 para la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de los senadores por la Capital Federal.

Dicha ley estableció que los distritos electorales —provincias y Capital Federal— se dividían en un número de circunscripciones igual al número de cargos electorales que debían ser cubiertos por el distrito respectivo. Cada elector podía votar en la circunscripción donde estaba registrado su domicilio y expresar su preferencia solamente por uno de los candidatos que se postulaban en esa circunscripción. La elección se concretaba por simple mayoría de votos y resultaba electo en cada circunscripción el candidato que obtenía mayor número de votos. Para la elección de presidente y vicepresidente se elegían dos electores por circunscripción y, además, en conjunto con las demás circunscripciones del distrito se elegían cuatro electores.

Al margen de la polémica suscitada respecto de la constitucionalidad del sistema, al tener en cuenta que el art. 45 de la Ley Fundamental no autorizaría la división de los distritos electorales, su aplicación presentó el inconveniente de limitar arbitrariamente el voto del elector a un solo candidato, prescindiendo del total de cargos electorales correspondientes al distrito.

El 11/7/1951, y sobre la base de la Constitución reformada en 1949, fue sancionada la ley 14.032, que restableció el clásico sistema británico de las circunscripciones uninominales. La ley establecía que para la elección de diputados nacionales los distritos se dividían en circunscripciones, cuyo número era igual a la cantidad de bancas que debían ser cubiertas en ellos. Como excepción, se dispuso que en la Capital Federal, Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe, el número de las circunscripciones fuera igual al número de diputados a elegir menos dos. Efectuado el escrutinio, las bancas eran adjudicadas al candidato que, en cada circunscripción, había obtenido mayor número de votos. A su vez, en los cinco distritos citados, los dos cargos restantes eran adjudicados a los candidatos del distrito que habían obtenido más votos sin haber resultado electos en su circunscripción.

Al margen de los reparos constitucionales, el sistema de circunscripciones uninominales es proclive a la instauración del fraude mediante la arbitraria modificación, por el legislador, del territorio asignado a cada circunscripción. Fenómeno que se produjo, en 1951, con el diagrama de las circunscripciones de la ciudad de Buenos Aires.

Se trata de una práctica conocida en los Estados Unidos con el nombre de gerrymandering. La configuración arbitraria de las circunscripciones, decidida en el órgano legislativo por el partido mayoritario, puede consistir en agrupar las zonas donde prevalece el voto opositor en pocas circunscripciones, o en aumentar el número de circunscripciones en las zonas donde predomina el partido oficialista.

En el célebre caso "Baker v. Carr", de 1962, la Suprema Corte, por mayoría, decidió que el gerrymandering no constituía una cuestión política. El juez Brennan destacó que el hecho de solicitar la protección de un derecho político no significa necesariamente que se trate de una cuestión política no judicializable y que la cuestión federal residía en el desconocimiento del principio de igualdad respecto de los derechos políticos (9).

Como alternativa de este sistema se presentan las circunscripciones binominales o trinominales, cuya validez constitucional y eficacia representativa merecen similares reparos que los formulados para las circunscripciones uninominales.

### 329. Sistema de mayoría absoluta

En el sistema de mayoría absoluta, los cargos electorales son asignados a los candidatos o listas de candidatos que obtienen la mitad más uno de los votos positivos emitidos.

Si se presentan solamente dos candidatos para cada cargo electoral, la aplicación del sistema no genera dificultades. Pero la presencia de múltiples candidatos hace posible que después de la primera votación ninguno de ellos obtenga la mayoría absoluta de votos.

En tal caso, se acude a dos procedimientos: 1) La realización de una serie ilimitada de actos electorales hasta que alguno de los candidatos obtenga la mayoría absoluta; 2) Establecer un límite al número de las votaciones y reducir la cantidad de los candidatos que se pueden postular después del primer acto electoral. En este caso, se repite el acto electoral con la participación de los candidatos que obtuvieron mayor número de votos en la primera elección. Es el sistema que, parcialmente, se aplica para elegir a la fórmula presidencial en la Argentina.

### 330. Sistema de mayoría absoluta con voto alternativo

La esencia de este sistema es igual a la del anterior, ya que resultan elegidos los candidatos que obtienen la mayoría absoluta de votos. Sin embargo, al ofrecer una mayor libertad de acción a los electores, su índice de representatividad es superior.

En este caso, si bien son elegidos aquellos candidatos que obtienen una mayoría absoluta de votos, se evita una segunda votación, con la consiguiente reducción artificial del número de candidatos.

En el acto de votar, los electores establecen un orden de preferencia entre los candidatos a los cuales deberán ser destinados sus votos para el supuesto de que los primeros no obtengan la mayoría absoluta. Realizado el escrutinio, se suprime al candidato que obtuvo el menor número de votos, y los votos que le fueron adjudicados se distribuyen entre los candidatos preferidos en segundo término, prosiguiendo con la aplicación del mecanismo hasta que alguno de los candidatos resulte beneficiado con la mayoría absoluta de los votos.

### 331. Sistema de voto limitado o restringido

Es un sistema que se aplica en distritos plurinominales, con el objeto de asegurar la representación de las minorías, prescindiendo, en principio, de su caudal electoral.

Consiste en limitar el voto del elector, quien sólo podrá votar por un número de candidatos inferior al de los cargos electorales a cubrir, siendo designados aquellos que obtienen simple mayoría de votos.

La aplicación de este sistema también puede concretarse con las "listas cerradas", en cuyo caso recibe el nombre de "sistema de lista incompleta". En este caso, se determina de antemano el número de cargos electorales que corresponde al partido mayoritario, y se atribuyen los restantes cargos a la lista del partido que constituya la primera minoría, sin considerar las diferencias entre los caudales electorales de ambos grupos.

### 332. Sistema de la Ley Sáenz Peña

La sanción de la llamada Ley Sáenz Peña , 8871, del 10/2/1912, constituyó un adelanto muy importante respecto de los sistemas electorales que hasta ese momento habían tenido aplicación en la Argentina. Esa importancia y originalidad no residieron tanto en la técnica electoral empleada, como en la implementación de diversos mecanismos destinados a erradicar el fraude y las prácticas desleales en el curso del proceso electoral.

Este sistema, cuya denominación correcta es de voto limitado o restringido y no de lista incompleta , fue aplicado para la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de senadores por la Capital Federal.

En cada distrito, los partidos políticos presentaban una lista de candidatos, cuyo número podía ser igual al de los cargos electorales. A su vez, cada votante sólo podía pronunciarse por un número de candidatos equivalente a los dos tercios de los cargos electorales. El voto del elector era esencialmente libre porque no era por lista cerrada, ya que podía alterar el orden de los candidatos y sustituirlos por los que figuraban en otras listas. El escrutinio no se realizaba por listas, sino por personas, y resultaban electos aquellos candidatos que individualmente obtenían simple mayoría de votos, sin que interesara la lista o las listas partidarias en las que figuraban inscriptos.

En la práctica electoral, este sistema de voto limitado se transformó en un sistema de lista incompleta. Ello obedeció a que los electores, en su gran mayoría, se limitaban a votar por la lista de candidatos presentada por un partido, sin efectuar sustituciones con los candidatos de otras listas partidarias.

El objetivo del sistema no fue el de facilitar la representación de las minorías, sino el asegurar esa representación mediante la adjudicación de un tercio de los cargos electorales. Asimismo, se propuso fomentar la existencia de un bipartidismo dominante en cada distrito electoral.

### 333. Sistemas mixtos

Reciben esta denominación aquellos sistemas que se traducen en la aplicación simultánea de los elementos correspondientes a diversos sistemas electorales puros, aunque en la práctica importan la combinación de elementos propios de los sistemas mayoritarios con los que caracterizan al sistema de la representación proporcional.

En Italia, por ley del año 1948, se estableció un sistema mixto para la elección de senadores. Consistía en disponer que aquellos candidatos que obtuviesen el 65% de los votos en un distrito quedaban automáticamente elegidos (mayoría absoluta), mientras que en los restantes distritos, donde ningún candidato obtenía esa mayoría, se aplicaba la representación proporcional. A tal fin, se unificaban los distritos en regiones y los candidatos pasaban a integrar listas confeccionadas sobre la base de coaliciones, figurando cada uno de ellos con un número de orden en una lista, determinado por la cantidad de votos que habían obtenido individualmente. Luego se sumaban los votos que habían obtenido los integrantes

de cada lista y la asignación de las bancas se practicaba conforme al sistema de representación proporcional en su variante D'Hondt.

### 334. Sistema de representación proporcional

Con la aplicación de este sistema se procura reflejar en los organismos electivos una composición similar a la que se expresa dentro del cuerpo electoral. Los cargos electorales que se asignan a cada agrupación política deben guardar relación con su caudal electoral, sin que resulte procedente la exclusión de alguna de ellas, salvo si su número de votos es calificado por la ley como insuficiente o carente de representatividad en el conjunto electoral.

La representación proporcional comenzó a ser aplicada en el curso del siglo XIX, para alcanzar un grado elevado de difusión durante el siglo XX. Sin embargo, en el siglo XXI, la tendencia en favor de la implantación de la representación proporcional se ha detenido, particularmente cuando ella está asociada con un sistema de lista cerrada.

Desde un punto de vista racional, el sistema de representación proporcional presenta considerables ventajas sobre los restantes sistemas electorales, particularmente en un sistema multipartidista y de voto plurinominal. Sin embargo, cabe destacar los inconvenientes prácticos que genera su aplicación: 1) El desinterés de los ciudadanos por la política, como consecuencia del monopolio que ejercen los partidos políticos en la selección de los candidatos y en el orden de su ubicación en las listas.

2) La mecanización del proceso electoral.

3) La atomización del electorado por la proliferación de los partidos políticos.

4) Las dificultades para desarrollar una política gubernamental coherente y estable, debido a la división partidaria que se opera en los organismos electivos.

Para verificar el grado de verosimilitud que presentan las críticas y los elogios de que es objeto el sistema de representación proporcional, es necesario efectuar su análisis en el marco de cada sistema político y tener en cuenta especialmente si en ellos rige un sistema presidencialista o parlamentario. Las generalizaciones son peligrosas y pueden conducir a conclusiones que no reflejen la realidad política.

### 335. La representación proporcional en el sistema electoral argentino

El sistema electoral de representación proporcional tuvo y tiene amplia difusión en el derecho electoral argentino. Superada la controversia sobre la constitucionalidad del sistema, por la cual se pronunció la generalidad de la doctrina nacional, se aplicó por primera vez en el orden nacional con motivo de la elección de los convencionales constituyentes de 1957.

Con anterioridad, el sistema había sido establecido por el art. 49 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873, y se aplicó para la elección de los miembros del Concejo Deliberante de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires.

Por el decreto 7164/62 y el decreto-ley 260/63, se dispuso la aplicación del sistema de representación proporcional, con la variante D'Hondt, para la elección de las autoridades nacionales que tuvo lugar en el año 1963. A partir de entonces se mantuvo el sistema en la elección de diputados nacionales, electores de presidente y vicepresidente y electores de los senadores por la Capital Federal. Actualmente, debido a la reforma constitucional de 1994, subsiste sólo para la elección de diputados nacionales.

El art. 160 del Código Electoral Nacional (ley 19.945) contiene una cláusula limitativa. Dispone que no participarán en la asignación de cargos aquellas listas partidarias que no obtengan un mínimo del 3% de votos del padrón electoral del distrito correspondiente. La razonabilidad de la limitación impide el cuestionamiento de su constitucionalidad.

El sistema tiene dos objetivos: 1) Brindar representación a los partidos políticos en proporción a su fuerza electoral; 2) asegurar la adecuada representación de las minorías.

Como toda obra humana, presenta ventajas e inconvenientes, y es, como tal, perfectible. Entre las ventajas, podemos citar: 1) Responde a un principio de justicia, al otorgar a cada partido político una representación que guarda relación con su caudal electoral; 2) en la Cámara de Diputados permite reflejar todas las tendencias políticas del cuerpo electoral y en proporción a su intensidad; 3) respeta equitativamente los derechos de las mayorías y de las minorías.

Frente a estas bondades del sistema, se citan como inconvenientes: 1) Impone la tiranía del partido político, al obligar al votante a pronunciarse por la lista íntegra de una agrupación política; 2) fomenta la división de los partidos políticos; 3) produce una incomunicación entre los electores y los elegidos, cuya nominación y designación dependen de la voluntad partidaria y no de los electores, quienes con frecuencia desconocen las calidades personales de muchos de los candidatos.

### 336. Sistema de lemas

El sistema conocido como "ley de lemas" es una variante de la representación proporcional que conlleva una elección partidaria interna y una elección general.

Cada partido político puede presentar varias listas de candidatos denominadas sublemas. Los votos obtenidos por los sublemas se suman para determinar el total de votos que obtuvo cada partido político y el total de candidatos por esa agrupación que resultan electos conforme al sistema de representación proporcional. A su vez, para individualizar a los candidatos electos por cada partido político, se aplica ese sistema de representación proporcional entre sus sublemas.

Este sistema, que rigió en el Uruguay, fue adoptado desde 1984 por varias provincias argentinas para las elecciones locales. Sus eventuales bondades, al permitir la participación de los electores en la contienda interna partidaria,



quedaron desvirtuadas en la práctica. La presentación de numerosos sublemas conspiró contra la unidad partidaria y fomentó su fragmentación.

Este sistema puede ser tachado de inconstitucional porque, además de desvirtuar la voluntad del elector al trasladar su voto a personas o listas que no fueron por él votadas, tampoco se adecua al art. 45 de la Ley Fundamental para la elección de diputados nacionales, pues los electos no siempre lo son por la simple pluralidad de sufragios.

### 337. Partidos políticos. Concepto

Los partidos políticos son asociaciones de individuos, de carácter permanente, que agrupan a una parte de la ciudadanía unida por un conjunto de ideas políticas comunes, con la finalidad de conquistar el poder para aplicar esas ideas, o de controlar el ejercicio del poder para que la acción de los gobernantes y de las fuerzas políticas no se aparte de ellas.

Si bien la incorporación de los partidos políticos a algunos textos constitucionales es relativamente reciente, no acontece lo propio con las referencias a ellos contenidas en la doctrina constitucional. Ya las encontramos en la antigüedad, y con mayor intensidad desde el siglo XVIII, aunque muchas veces sin distinguirlos de las facciones políticas y de los grupos de presión.

A diferencia de los partidos, las facciones carecen de una organización y un programa estables, al tiempo que responden a intereses particulares y esencialmente limitados en el tiempo. A su vez, los grupos de presión no aspiran a gobernar al asumir la responsabilidad correspondiente, sino a obtener decisiones gubernamentales específicas y favorables a los intereses sectoriales que representan.

Sin embargo, en la actualidad, tal confusión no se ha disipado totalmente, y en algunas oportunidades se prosigue asignando la condición de partidos políticos a simples grupos de interés, de presión, de opinión, o a facciones, sin advertir la separación que media entre ellos. Es que, si se aplica un enfoque jurídico, se consideran como partidos políticos a ciertas agrupaciones que reciben tal denominación por obra de la ley, pero que solamente participan con aquéllos en el objetivo común de conquistar el poder, lo que puede agotar a una facción, pero nunca a un partido político.

Los partidos políticos consisten en la manifestación organizada de las fuerzas sociales cuya agrupación se realiza en torno de una idea política básica con el objeto de difundirla y conseguir que la acción gubernamental esté presidida por ella.

No son creaciones legales, aunque estén sujetos a una regulación legislativa. Son manifestaciones de la conducta social que canalizan las aspiraciones e inquietudes políticas de los individuos y los grupos sociales. Su existencia es anterior a la ley que, al reconocerlos, no hace más que institucionalizar una realidad. La

legalización o constitucionalización de los partidos políticos marca uno de los supuestos en que se opera la capitulación del derecho ante la vida política.

Soslayando las críticas, así como también los elogios, hoy se acepta que un sistema político no puede funcionar en forma estable sin partidos políticos, tanto en un sistema democrático constitucional como en un sistema autocrático.

En aquellos sistemas políticos donde por imposición de una norma legal se prohíbe la presencia de los partidos políticos, tal objetivo sólo se consigue formalmente. Las leyes pueden prohibir los partidos políticos, pero no pueden impedir su existencia en el marco social. Ello obedece a que los partidos políticos son una consecuencia de la lucha política, del instinto dominante del hombre y de la expresión, dentro de la sociedad global, de distintos enfoques por cuyo intermedio se pretende solucionar sus problemas.

El campo más propicio para el desarrollo de los partidos políticos es la sociedad pluralista, en la cual el pluripartidismo concreta una lucha competitiva por la conquista del poder en forma abierta y pública, que concluye con el triunfo de los más capaces en la actividad política agonal.

En la sociedad uniforme, esa lucha no desaparece, sino que es cerrada y oculta y queda restringida a un número reducido de ciudadanos que son los dirigentes del partido único sobre cuya estructura se consolida la concentración del poder como presupuesto indispensable para la subsistencia del sistema autocrático. En los partidos únicos la lucha política se expresa dentro del partido mismo y sus protagonistas se preocupan por forjar una imagen favorable frente a la ciudadanía. La lucha por el poder se concentra dentro del partido, y quien conquista el partido conquista el poder en el Estado. Quien dirige el partido, conducirá también la política del Estado, ya que existe una real identificación entre el partido y el Estado.

A diferencia de lo que ocurre en un sistema de partido único, en el pluripartidismo quien controla un partido no controla al Estado. En el primer caso, el partido se identifica con el Estado; en el segundo el partido se identifica solamente con una parte de la sociedad. En realidad, cuando existe jurídicamente el partido único, habrá un sistema sin partidos, un apartidismo de hecho, ya que si la palabra partido significa una parte del todo, y no hay partes, sino unidad, no podrá haber un sistema de partidos.

La lucha por el poder que genera el pluripartidismo suele ser la fuente de las críticas más intensas que se le formulan a los partidos políticos, olvidándose con lamentable frecuencia que la inmoralidad, la corrupción, el escándalo o la indecencia que pueden provenir de la lucha partidaria no son imputables a los partidos políticos, sino, eventualmente, a la ambición de los hombres y a su ansia de dominación, que superan los límites de cualquier sistema de partidos.

En esta línea de pensamiento, Ingenieros advertía sobre los riesgos que acarrea la irrupción en la política partidaria de individuos mediocres desprovistos de ideales que permitan elevar la calidad de vida institucional del pueblo. Decía que "causa

honda de esa contaminación general es en nuestra época la degeneración del sistema parlamentario. Antes presumíase que para gobernar se requería cierta ciencia y el arte de aplicarla; ahora se ha convenido que Gil Blas, Tartufo y Sancho son los árbitros inapelables de esa ciencia y de ese arte. La política se degrada, conviértese en profesión. En los pueblos sin ideales, los espíritus subalternos medran en torpes intrigas de antecámara. Toda excelencia desaparece, eclipsada por la domesticidad. Se instaura una moral hostil a la firmeza y propicia al relajamiento (...). Nadie piensa donde todos lucran, nadie sueña donde todos tragan. Lo que antes era signo de infamia o cobardía, tórnase título de astucia (...). Las jornadas electorales conviértense en burdos enjuagues de mercenarios o pugilatos de aventureros. Su justificación está a cargo de electores inocentes, que van a la parodia como a una fiesta. Las facciones de profesionales son adversas a todas las originalidades".

### 338. Características y funciones

Los partidos políticos no son comunidades, sino sociedades constituidas voluntariamente para alcanzar un fin político determinado. Si bien existe una tendencia natural que conduce a la agrupación de los individuos que participan de ideas políticas comunes, que responde en cierto modo a una manifestación del instinto de conservación, esa agrupación no asume el rol de partido político hasta que concrete una organización sólida que le brinde estabilidad.

La asociación, para ser un partido político, debe ser permanente y no transitoria. El partido no condiciona su constitución ni su subsistencia a un acto electoral o únicamente a la conquista del poder, sino que pretende perdurar indefinidamente como custodio de una idea política común.

Esa permanencia es la que distingue a los partidos de las facciones políticas, ya que el objetivo de estas últimas es alcanzar el poder para satisfacer las aspiraciones personales de sus integrantes.

El móvil determinante de la agrupación en un partido político es una idea, y el móvil determinante de su actuación posterior es la conquista o el control del poder. Sin idea política, doctrina o ideología no hay partido político. No es necesario que ella sea originaria o exclusiva de una agrupación. Es suficiente su presencia y que pueda servir de base para desarrollar las diversas soluciones concretas a la infinidad de problemas que pesan sobre la sociedad y el Estado.

A diferencia de los grupos de presión y de los factores de poder, que no aspiran a gobernar ni a asumir la responsabilidad por los actos gubernamentales, sino a obtener del gobierno respuestas satisfactorias para sus intereses sectoriales, los partidos políticos buscan el gobierno y asumen públicamente la responsabilidad por los actos gubernamentales. Asimismo, y hasta tanto no conquiste el poder, el partido político desarrolla simultáneamente una segunda actividad, que consiste en controlar y fiscalizar la actuación del gobierno.

### 339. El rol de la oposición

La esencia de una sociedad pluralista es la disparidad de opiniones y criterios acerca de las políticas a implementar o de los medios a utilizar para el logro del bien común. Su presencia, fruto de la libre exteriorización del pensamiento, nos permite distinguir objetivamente a una sociedad democrática de una autocrática.

En la primera, imperan la tolerancia y el respeto recíproco, que permiten la confrontación de opiniones opuestas de manera permanente y sin que ello perturbe el normal funcionamiento del sistema político democrático, cuya base no es, paradójicamente, el consenso, sino el disenso institucionalizado; es decir, la vigencia de una regla de juego por todos aceptada, según la cual corresponde ejecutar la voluntad de la mayoría con pleno respeto por la voluntad de la minoría. El consenso recae sobre las reglas de juego, pero no sobre las políticas a implementar desde el gobierno.

La libre exteriorización de esas opiniones y criterios dispares, propios del pluralismo, reviste relevante importancia, porque posibilita el efectivo funcionamiento de un mecanismo de control ante la actividad gubernamental. Junto con los controles clásicos resultantes de la separación de las funciones del poder y su distribución entre los órganos del gobierno, aparece esta especie de control vertical que impide la concentración del poder en los gobernantes, con su secuela inevitable de ejercicio abusivo o autocrático.

A diferencia de los partidos políticos oficialistas, que brindan su apoyo a la política gubernamental, los partidos de oposición suelen propiciar el cambio y la reforma de la política gubernamental, lo cual permite otorgar un mayor dinamismo a la vida social.

Los partidos políticos son verdaderos censores institucionalizados del gobierno y guardianes de los derechos y anhelos del pueblo que aspiran a representar. Sin la fiscalización de una oposición, el gobierno no tendría límites para hacer lo que quisiera, porque la ausencia de oposición es una situación propia de los sistemas políticos autocráticos, en los que opera la concentración del poder, precisamente, por la inexistencia de disparidad en las opiniones políticas formuladas en forma pública y libre.

### 340. Clasificación de los partidos políticos

Se han aplicado numerosos criterios para la clasificación de los partidos políticos, muchos de los cuales han perdido vigencia como consecuencia de la permanente evolución que se opera en las estructuras sociales.

Entre estos últimos, podemos citar aquellos que consideran como fundamento de la agrupación partidaria a los móviles psicológicos que impulsan a los individuos. La defensa de ciertas tradiciones, costumbres o intereses económicos ha perdido en las sociedades contemporáneas la intensidad que revistiera en otros momentos como factor de agrupación. El dinamismo social y la creciente flexibilidad que se advierte en la estratificación de los grupos humanos determinan la presencia de impulsos heterogéneos que impiden la tipificación de los sectores en que

tradicionalmente se dividían las sociedades para caracterizar la composición y funcionamiento de los partidos políticos modernos.

#### 341. Partidos de opinión y partidos de masa

Los partidos de opinión son aquellos que otorgan a sus integrantes un marco razonable de libertad política que les permite aceptar las ideas emitidas por otros partidos sin que ello se traduzca en fracturas internas ni en sanciones disciplinarias. La tolerancia política que impera en ellos es consecuencia de su estructuración sobre principios sociales de tolerancia, que los impulsan a una confrontación permanente y necesaria con las restantes agrupaciones políticas a través de reglas de juego que requieren la presencia de una oposición interna.

La concepción democrática constitucional que preside el funcionamiento de los partidos de opinión no se refleja en los partidos de masa, donde el accionar de sus componentes está sujeto a los principios de una ideología rigurosa y de una disciplina partidaria estricta que no admite el disenso. La intolerancia doctrinaria de los partidos de masa conduce a una lucha que persigue la destrucción de la oposición y la consolidación del partido en el monopolio del proceso del poder.

#### 342. Partidos oficialistas y partidos opositores

La clasificación de los partidos políticos en oficialistas y opositores puede responder a dos enfoques. Según un enfoque formal, son oficialistas aquellos partidos cuyos integrantes ocupan los cargos gubernamentales que presiden la conducción política del gobierno. En cambio, conforme a un enfoque realista, son partidos oficialistas todos aquellos que brindan su apoyo a la política global del gobierno, aunque sus integrantes no formen parte de los roles gubernamentales.

También son considerados partidos oficialistas aquellos cuyos miembros han conquistado el poder mediante el desarrollo de una política que aspira a consolidar o conservar las ideas políticas del grupo que los aglutina. Son partidos opositores, en cambio, aquellos que no comparten la política gubernamental, propiciando cambios y la reforma de la situación forjada o aceptada por las agrupaciones oficialistas.

#### 343. Partidos de derecha, centro e izquierda

Usualmente, los partidos políticos se clasifican en partidos de derecha, centro e izquierda. Se trata de una clasificación elaborada en el parlamentarismo francés del siglo XIX, que tomaba como punto de referencia la ubicación de los legisladores en el recinto de sesiones. A la izquierda se situaban los parlamentarios reformistas e intrasigentes, mientras que a la derecha lo hacían los miembros de agrupaciones conservadoras y moderadas.

Esta clasificación, aplicada en los sistemas democrático-constitucionales, tipifica a los partidos de izquierda y derecha como agrupaciones extremistas que, de manera radical, propician implantar ideologías fascistas o nacionalistas antidemocráticas los segundos, o una ideología de tipo comunista o socialista antidemocrática, los primeros. También se suele presentar a los partidos de derecha como

agrupaciones conservadoras, y a los partidos de izquierda como agrupaciones revolucionarias.

En cambio, los partidos de centro procuran forjar un equilibrio entre las tensiones sociales, al proyectar una línea evolutiva de cambio de las estructuras políticas y de la legislación conforme a la idea política dominante en la sociedad.

Si bien se trata de una clasificación usualmente aceptada, carece generalmente de rigor científico.

El pluralismo imperante en la sociedad también suele manifestarse en el seno de un partido político en donde se forjan grupos que se denominan de derecha o izquierda, y cuya preeminencia hará variar la calificación clásica atribuida a esa agrupación política. Por otra parte, y en función de la idea política dominante en una sociedad, una agrupación calificada de izquierda en ella puede ser de derecha en otra sociedad.

#### 344. Partidos constitucionalistas y autocráticos

Al considerar su organización, funcionamiento interno y externo, así como también la idea política motriz, los partidos políticos pueden ser clasificados en constitucionalistas y autocráticos.

Los partidos constitucionalistas son aquellos que responden a la doctrina política, económica y filosófica del movimiento constitucionalista, que concibe a la persona humana como fundamento y fin de toda la organización, y que procura salvaguardar la libertad y dignidad del hombre frente al ejercicio abusivo del poder.

Los partidos autocráticos persiguen fines transpersonalistas, al tiempo que relegan a un plano secundario la libertad y dignidad de la persona humana que, como tal, no es una finalidad, sino un medio para el logro de fines que, en una escala axiológica, son considerados superiores, tales como la grandeza del Estado, de la nación, la superioridad de una raza, de una religión o de una clase social.

Entre los partidos autocráticos se suele distinguir a los partidos arcaicos, que son agrupaciones desprovistas de fundamentación doctrinaria y constituidas alrededor de una personalidad dominante, un jefe militar carismático o una familia de carácter feudal.

En un sistema político autocrático resulta inadmisibles el funcionamiento de los partidos constitucionalistas. El desconocimiento del pluralismo que tipifica a tales sistemas configura una barrera infranqueable para que la ley permita el funcionamiento de partidos políticos que propician la destrucción del régimen autocrático.

En un sistema democrático constitucional, basado sobre el reconocimiento del más amplio pluralismo, es inadmisibles que se prohíba la actuación de los partidos autocráticos, porque una decisión en tal sentido importa alterar la propia esencia del sistema político.

El desarrollo de un partido antisistema, si su actuación se desenvuelve dentro de los cauces de la ley, es un desafío que deben asumir los regímenes democrático-constitucionales por tres razones:

- 1) Porque no se puede proclamar la libertad política y al mismo tiempo negar el disenso a quienes se oponen a ella.
- 2) Porque la existencia y eventual florecimiento del partido antisistema serán consecuencia de la voluntad popular.
- 3) Porque mediante la prohibición del partido antisistema se operará su inevitable crecimiento.

La única forma segura de desarticular a un partido antisistema consiste en acudir al debate y la comparación, para que la propia ciudadanía advierta la irracionalidad humanista de sus objetivos.

Sin embargo, en algunos sistemas democráticos fueron prohibidos los partidos políticos antisistema. En la entonces República Federal de Alemania se prohibió en 1952 el funcionamiento de las agrupaciones neonazis, y en 1956 de los partidos comunistas. Asimismo, en el año 2006 el Tribunal Federal Constitucional de ese país vedó el funcionamiento de un partido de extrema derecha. En España se prohibió en el año 2006 la actuación de los partidos "Herri Batasuna" y "Batasuna".

La Corte Europea sostuvo que se violaban los arts. 10 y 11 de la Convención Europea cuando en 1998 declaró la invalidez de la decisión adoptada por Turquía para disolver al partido comunista y, en 1999, cuando se hizo lo propio con el Partido Libertad y Democracia cuyo desconocimiento se había basado sobre el hecho de propiciar la violación de la integridad territorial del Estado. En cambio, en el año 2001, avaló la decisión del gobierno turco de disolver un partido político cuyo objeto era el de establecer un sistema político islámico, incluso mediante el recurso a la violencia.

En la Argentina, en varias oportunidades se prohibió el funcionamiento del Partido Comunista y se dispuso la proscripción del Partido Justicialista. Medidas que fueron avaladas, respecto del partido antisistema, por la Corte Suprema de Justicia (10).

El 17/3/2009, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia dictada por la Cámara Nacional Electoral que rechazó el reconocimiento del Partido Nacionalista de los Trabajadores, que luego recibió el nombre de Partido Nuevo Triunfo. La decisión del tribunal de alzada obedeció a que la agrupación propiciaba acudir a prácticas propias del nacionalsocialismo alemán; a utilizar sus símbolos; instaurar una teoría basada sobre la superioridad racial; dismantelar la red homosexual y castigar la vagancia. Tales propósitos fueron considerados discriminatorios, en tanto importaban un apartamiento del principio de igualdad ante la ley, de los preceptos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las normas legales que sancionan los actos discriminatorios.

#### 345. Sistemas de partidos políticos

Sobre la base del desenvolvimiento de los partidos políticos en los diversos sistemas políticos existentes, se formula la tipología de los partidos.

Se distingue entre los sistemas partidistas y apartidistas, según se advierta o no el funcionamiento de los partidos políticos.

El apartidismo es aquel sistema donde no existen los partidos políticos, conclusión a la cual se puede arribar mediante la aplicación de un enfoque jurídico o de un enfoque sociológico.

En las sociedades políticas modernas es posible advertir la existencia de regímenes desprovistos de partidos políticos, como consecuencia de una norma legal que prohíbe su funcionamiento. Sin embargo, a través de un enfoque sociológico, tal apartidismo se torna artificial, porque la naturaleza política del hombre genera la existencia de diversas agrupaciones políticas que funcionan al margen de la ley y de manera clandestina.

A través de un enfoque sociológico se podría verificar la real inexistencia de partidos políticos, aunque en los hechos se trata de una hipótesis imposible, porque todo sistema político apartidista está destinado a sucumbir.

En cuanto al apartidismo legal, la subsistencia del sistema político está condicionada a la existencia de alguna agrupación política que, aunque no reciba la denominación de partido político, tendrá por objeto consolidar doctrinariamente el régimen mediante el cumplimiento de las funciones propias de un partido político.

Los sistemas partidistas se clasifican en unipartidistas y pluripartidistas.

En los sistemas unipartidistas funciona solamente un partido político. La existencia de un sistema de partido político único sólo es posible si por disposición legal, o por las vías de hecho, se autorizara el funcionamiento de un partido político, al tiempo que quedara inhabilitada la manifestación de otras agrupaciones políticas cuyo funcionamiento se concretaría en la clandestinidad.

No se debe confundir el partido único con el partido dominante. El primero es aquel que ejerce un monopolio legal, o impuesto coactivamente en los hechos, de la actividad partidaria. En cambio, el partido dominante es aquel que se expresa en un sistema pluripartidista donde la conducta de los electores se vuelca de manera libre y masiva en su beneficio, de modo que se relega a un plano secundario la gravitación que pueden ejercer las restantes agrupaciones políticas. En este caso hay concurrencia de varios partidos y preferencia libre del electorado por uno de ellos.

Los sistemas pluripartidistas son aquellos en los cuales se ofrecen las condiciones de hecho y de derecho para el funcionamiento de dos o más partidos políticos.

Los sistemas pluripartidistas, que son propios de los sistemas democráticos, se clasifican en sistemas bipartidistas y multipartidistas.

En los sistemas bipartidistas existen dos grandes agrupaciones políticas que, por voluntad del electorado, se alternan en el ejercicio del poder, sin perjuicio de la existencia de diversas agrupaciones políticas menores que, por carecer de un caudal electoral estable o importante, no pueden gravitar sobre el proceso del poder.

Los sistemas multipartidistas son aquellos en los cuales se manifiestan tres o más partidos políticos que gravitan sobre el proceso del poder, con una relativa paridad de fuerzas y preferencias del electorado. Es el sistema que se presenta con mayor frecuencia en los sistemas democrático-constitucionales.

#### 346. Regulación constitucional de los partidos políticos

Antes de la reforma constitucional de 1994 que introdujo el contenido del art. 38, la Ley Fundamental no preveía expresamente el funcionamiento de los partidos políticos.

Sin embargo, esa omisión jamás fue interpretada, doctrinaria y jurisprudencialmente, en el sentido de que ella los prohibía o de que su existencia carecía de jerarquía constitucional. Desde la conformación en 1825 de los primeros partidos políticos nacionales y provinciales, como los partidos Unitario y Federal, se sucedieron diversas organizaciones partidarias hasta la actualidad.

El partido político es esencialmente una asociación, consecuencia del ejercicio de derechos políticos subjetivos. Se trata de una de las especies del género previsto por el art. 14 de la Ley Fundamental, cuando reconoce a todos los habitantes del país el derecho de asociarse con fines útiles.

Finalmente, y en atención al rol que desempeñan en un sistema político representativo, los partidos se adecuan a la modalidad impuesta por el art. 1º de la Constitución, así como también a la exigencia de su art. 22 respecto al gobierno por medio de representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental y sus normas reglamentarias.

A esta tipificación de los partidos políticos, complementada por las leyes reglamentarias que regulan su funcionamiento, es poco lo que añade el actual art. 38 de la Constitución.

Las disposiciones de esa cláusula ya estaban contempladas por la ley 23.298, que es la norma orgánica de los partidos políticos. Sin embargo, la inserción en la Ley Fundamental de tales contenidos impide, en lo sucesivo, el desconocimiento o la desnaturalización de ellos. Así lo establece el art. 28 de la Constitución.

Sobre tal base, la legislación reglamentaria deberá en lo sucesivo garantizar, como lo hace la ley 23.298, las siguientes condiciones mínimas:

1. Organización y funcionamiento democráticos, mediante la aplicación analógica que, sobre el particular, prevé la Constitución.
2. Representación de las minorías internas de los partidos.

3. Competencia para postular candidatos a los cargos públicos electivos.

4. Acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas, a través de mecanismos que deberá instrumentar el Estado.

5. Contribución al sostenimiento económico de las actividades de los partidos políticos y de la capacitación de sus dirigentes. La ley reglamentaria deberá ser redactada con suma prudencia y austeridad republicana para evitar que, en definitiva, el desarrollo de las actividades políticas se constituya en una tarea lucrativa que contribuya a la promoción de un grupo social privilegiado, con su consecuente estratificación social.

El párrafo final del art. 38 dispone que los partidos políticos deben dar a publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonio.

El derecho de asociación con fines políticos previsto en el art. 14 de la Constitución, no es un derecho absoluto. Como toda libertad expresada en normas positivas constitucionales, está sujeta a una reglamentación razonable, cuyos límites se encuentran en el art. 28 de la Ley Fundamental.

En el derecho positivo argentino, esa reglamentación emana de la ley 23.298, conocida como ley orgánica de los partidos políticos. Ella establece que los partidos políticos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional, incumbiéndoles en forma exclusiva la nominación de candidatos para cargos públicos electivos.

Esta última función, si bien no cabe tacharla de inconstitucional, configura una importante restricción para los derechos políticos de los ciudadanos no afiliados a algún partido político, que repercute negativamente sobre el grado de representatividad del sistema electoral.

Los partidos políticos pueden ser de distrito o nacionales. Partidos de distrito son aquellos que están autorizados para funcionar en una sola provincia, donde obtienen su reconocimiento judicial. El reconocimiento está condicionado a la afiliación de un número de electores no inferior al cuatro por mil del total de los ciudadanos inscriptos en el registro electoral del distrito correspondiente y hasta un máximo de un millón de inscriptos. Para conservar su personería deben mantener en forma permanente ese número mínimo de afiliados.

Partidos nacionales son aquellos que están autorizados para funcionar en todo el país. Para ello, deben obtener su reconocimiento judicial para actuar en no menos de cinco distritos e inscribirse en los registros de cada uno de ellos, contando con un número mínimo de afiliados permanentes en cada provincia similar al requerido para los partidos de distrito.

La ley también prevé la constitución de confederaciones, fusiones y alianzas transitorias de partidos políticos de distrito o nacionales. El reconocimiento de estas últimas se debe realizar, por lo menos, dos meses antes de la elección primaria, abierta y obligatoria.

En los partidos nacionales, los partidos de distrito carecen del derecho de secesión, mientras que los organismos de aquéllos pueden disponer la intervención de estos últimos. En cambio, el derecho de intervención es inaplicable cuando se trata de una confederación de partidos, los que además pueden ejercer el derecho de secesión.

En principio, todos los ciudadanos pueden afiliarse a un partido político. Como excepción, no pueden hacerlo:

- 1) Las personas excluidas del padrón electoral.
- 2) El personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad de la Nación o de la provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios.
- 3) Los magistrados del Poder Judicial nacional, provincial y tribunales de faltas municipales.

No se permite la doble afiliación. Para afiliarse a un partido es condición la renuncia expresa a toda afiliación anterior.

La ley establece que no pueden ser precandidatos en las elecciones primarias, candidatos a cargos públicos electivos, ni ser designados para ejercer cargos partidarios:

- 1) Los excluidos del padrón electoral.
- 2) El personal superior o subalterno de las Fuerzas Armadas de la Nación en actividad o en situación de retiro cuando hayan sido llamados a prestar servicios.
- 3) El personal superior y subalterno de las fuerzas de seguridad de la Nación y de las provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios.
- 4) Los magistrados y funcionarios permanentes del Poder Judicial nacional, provincial y tribunales de faltas municipales.
- 5) Los que desempeñasen cargos directivos o fuesen apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas de la Nación, provincias o municipalidades, de entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar (art. 33). Se trata, salvo en el último caso, de restricciones razonables a un derecho político individual.
- 6) Las personas procesadas por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra u otras conductas delictivas previstas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, siempre que se trate de hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. Consideramos que esta privación de derechos políticos, en la medida que no exista una sentencia penal condenatoria y definitiva, resulta inconstitucional por vulnerar el principio de inocencia establecido por el art. 18 de la Ley Fundamental y el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que condiciona

la suspensión o pérdida del derecho político a una condena penal dictada por juez competente.

7) Las personas condenadas por los delitos citados en el punto anterior.

Como no pueden ser precandidatos, candidatos, ni ocupar cargos partidarios los individuos excluidos del padrón electoral, implícitamente la norma legal se remite al art. 3º de la ley 19.945. Esa norma, que integra el Código Nacional Electoral, excluye del padrón electoral a:

- 1) Los dementes declarados en juicio.
- 2) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad y por el término de la condena.
- 3) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el lapso de tres años y, en caso de reincidencia, por el plazo de seis años.
- 4) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble del término de la sanción.
- 5) Los declarados rebeldes en una causa penal, y hasta su cese o prescripción.
- 6) Los inhabilitados citados en el art. 33 de la ley 23.298, Orgánica de los Partidos Políticos.
- 7) Los inhabilitados para ejercer derechos políticos como consecuencia de otras normas legales.

Cabe destacar que la ley no exige la afiliación a un partido político como requisito para ser postulado candidato por una agrupación política, siempre que tal posibilidad esté admitida por la carta orgánica partidaria.

#### 347. Financiamiento de los partidos políticos

Los partidos políticos, como toda entidad que procura concretar los objetivos que determinaron su organización, deben contar con recursos económicos suficientes. Las regulaciones en materia de financiamiento de los partidos políticos se agrupan en tres sistemas: privado, estatal y mixto.

El sistema privado, contemporáneo con el surgimiento de las primeras agrupaciones políticas, consiste en solventar los gastos partidarios con los aportes de sus afiliados, simpatizantes y los recursos que se puedan obtener del sector privado. Si bien éste es el sistema que mejor se adecua al principio de la libertad, plantea ciertos inconvenientes que pueden perturbar el proceso electoral. La asignación de importantes remesas a un partido político por ciertas agrupaciones gremiales o empresarias, unida a las presiones ilícitas ejercidas sobre los ciudadanos, puede desarticular la libre competencia electoral.

El sistema estatal determina que tales recursos sólo pueden provenir de las arcas del Estado para garantizar la subsistencia de ciertos partidos políticos y permitir

que el cumplimiento de sus objetivos se concrete en un relativo plano de igualdad. Este sistema se aplica en los regímenes autocráticos aunque, claro está, priorizando sensiblemente los recursos económicos del partido oficial. Por su parte, en los regímenes democráticos, como la distribución de los fondos la realiza el gobierno de turno, se ha incurrido en prácticas que no se compadecen con la ética republicana y que benefician a ciertos partidos en forma encubierta.

El sistema mixto, al margen de imponer contribuciones estatales, permite a los partidos políticos la percepción de aportes privados. Es, probablemente, el sistema más efectivo empíricamente. Pero esa efectividad está supeditada a una eficiente y realista regulación jurídica.

A partir de la regulación orgánica de los partidos políticos en la Argentina, el sistema de financiamiento vigente fue siempre mixto, aunque desprovisto de un control eficiente para dotar de transparencia el movimiento patrimonial de los partidos políticos.

El articulado de la ley 23.298 que versaba sobre esta materia fue sustituido por la ley 25.600 de Financiamiento de los Partidos Políticos, sancionada el 23/5/2002 y ésta, a su vez, fue reemplazada por la ley 26.215, sancionada el 20/12/2006 y reformada por la ley 26.571, publicada el 14/12/2009.

Los aportes privados pueden provenir de los que realicen periódicamente los afiliados de los partidos, de donaciones de personas jurídicas o personas físicas no afiliadas y del rendimiento de su patrimonio, pero no pueden aceptar o recibir contribuciones o donaciones anónimas; de entidades nacionales, provinciales, interestaduales, binacionales, multilaterales o municipales; de empresas concesionarios de servicios u obras públicas nacionales, provinciales o municipales; de personas que exploten juegos de azar; de gobiernos o entidades públicas extranjeras; de extranjeros que no tengan domicilio o residencia en el país; de quienes hubieran sido obligados a efectuar la contribución por su superior jerárquico o empleador ni de asociaciones sindicales, patronales y profesionales.

Si bien el Estado se obliga a otorgar espacios de publicidad electoral a los partidos políticos en las emisoras de radiodifusión sonora, televisiva abierta y por suscripción, la ley 26.215 establece significativas restricciones a la libertad de expresión. Así, los espacios de publicidad son distribuidos exclusivamente por la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior. Los partidos políticos y sus candidatos no pueden contratar por sí o por terceros espacios de publicidad, y las emisoras radiales o televisivas no pueden emitir publicidad electoral que no sea distribuida y autorizada por el Ministerio del Interior. También es cuestionable la norma que impone a los servicios de comunicación social la obligación de ceder el 10% del tiempo total de su programación para fines electorales.

Todas ellas son restricciones graves a la libertad de expresión y al derecho a la información tutelados por los arts. 14 y 32 de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### 348. Caducidad y extinción de los partidos políticos

La caducidad de los partidos políticos, que importa dejar sin efecto su inscripción y la pérdida de la personalidad política se opera, conforme a la ley 23.298, por las causales siguientes:

- 1) Haber prescindido de realizar elecciones partidarias internas durante el término de cuatro años.
- 2) No presentarse a dos elecciones nacionales consecutivas.
- 3) No alcanzar en dos elecciones nacionales sucesivas el 2% del padrón electoral del distrito correspondiente.
- 4) No presentar los libros de caja, inventario y de actas previa intimación judicial.
- 5) No mantener de modo permanente la afiliación mínima impuesta por la ley.
- 6) No estar integrado un partido nacional por al menos cinco partidos de distrito con personería vigente.
- 7) Aceptar la postulación de precandidatos en elecciones primarias o de candidatos en elecciones generales o haber designado para ejercer cargos partidarios a personas procesadas o condenadas por delitos de lesa humanidad.
- 8) Previa intimación judicial, no presentar el acta de designación de las autoridades partidarias o no llevar en debida forma los libros de inventario, caja y de actas.

Las causales de pérdida de la personalidad política no son taxativas. Mediante la interpretación sistemática de la Ley de Partidos Políticos pueden ser extendidas a otras hipótesis.

La Cámara Nacional Electoral tiene resuelto que si un partido político tiene personería nacional por estar integrado con cinco o más partidos de distrito, su personería queda cancelada si no se mantiene en el tiempo tal condición. De modo que si se declara la caducidad de la personalidad de una cantidad de partidos de distrito que privan, al partido nacional, del mínimo de ellos que deben conformarlo, se opera la caducidad de la personería del partido nacional. Caso contrario, se podría plantear el absurdo de que un partido político con personería nacional estuviera integrado por un solo partido de distrito.

En cuanto a la extinción de los partidos políticos, ella se produce por:

- 1) Las causas previstas en la carta orgánica.
- 2) Decisión de los afiliados expresada conforme a los requisitos impuestos por la carta orgánica.
- 3) Comisión de delitos de acción pública por las autoridades o candidatos del partido salvo que, en el caso de estos últimos, fueran desautorizados por aquéllas.
- 4) Impartir instrucción militar a los afiliados u organizarlos militarmente.

Tanto la cancelación de la personalidad política, como la extinción de un partido deben ser declaradas por la justicia federal con competencia electoral, previa sustanciación del debido proceso legal en el cual deberá ser parte el partido político afectado.

Si se extingue un partido político por sentencia firme, no podrá ser nuevamente reconocido con el mismo nombre, carta orgánica, declaración de principios, programa o bases de acción pública por el término de seis años.

Cuando se opera la extinción de un partido político, sus bienes tendrán el destino previsto en su carta orgánica y, en su defecto, pasarán a integrar el fondo partidario permanente de la ley 26.215. En cuanto a la documentación del partido, quedará bajo la custodia de la justicia federal electoral durante seis años. Vencido ese plazo, y previa publicación en el Boletín Oficial, se podrá ordenar su destrucción.

#### 349. Selección de candidatos y elecciones internas

La selección de los candidatos que presentan los partidos políticos para un acto electoral se debe realizar conforme a las disposiciones de su carta orgánica. Esta última, que debe reflejar para esa instancia los principios democráticos, puede encomendar tal selección a alguna comisión interna del partido, a su asamblea o convocar a una elección interna con la participación de los afiliados del partido.

Este último procedimiento conforma las denominadas elecciones internas cerradas, en oposición a las elecciones internas abiertas que funcionan en los Estados Unidos de América.

En ese país, los partidos políticos no tienen, propiamente, afiliados y el voto, en los comicios generales, no es obligatorio sino voluntario.

En las elecciones internas cerradas, solamente pueden participar aquellas personas que se registraron como partidarias de la agrupación política. En las elecciones internas abiertas de un partido pueden participar todos los ciudadanos registrados, con prescindencia de la preferencia partidaria que hubieran manifestado, y también pueden postularse como candidatos.

El sistema ha dado buenos resultados en los Estados Unidos de América porque, si bien debilita la estructura disciplinaria de los partidos políticos, ofrece a los ciudadanos una importante participación política y acrecienta la proximidad que debe existir entre los candidatos y sus votantes.

El art. 38 de la Constitución federal, tras disponer que los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático, establece que se les garantiza la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.

La norma garantiza a los partidos políticos la postulación de candidatos, pero no le otorga el monopolio o exclusividad en el ejercicio de tan relevante potestad. En cambio sí lo hace la Ley 23.298 Orgánica de los Partidos Políticos. Establece que les

incumbe en forma exclusiva la nominación de candidatos para cargos públicos electivos y que las candidaturas de ciudadanos no afiliados a un partido pueden ser presentadas si tal posibilidad está prevista en su carta orgánica.

La ley 25.611, sancionada el 19/6/2002, estableció el sistema de elecciones internas abiertas para la selección de los candidatos a la fórmula presidencial de cada partido político, y de los correspondientes a senadores y diputados nacionales.

El veto del Poder Ejecutivo mediante el decreto 1169/02 desarticuló el sistema. En efecto, cabía la posibilidad de que en las elecciones internas de un partido participaran los afiliados a otros partidos, particularmente de aquellos que no acudían a la elección interna de su partido, porque ella no era necesaria debido a la postulación de un solo candidato o lista de candidatos.

Este inconveniente fue subsanado mediante los decretos 451/02 y 292/05. El primero dispuso que los afiliados a un partido político sólo podían votar por las listas de precandidatos de sus propias agrupaciones y que los ciudadanos independientes podían hacerlo por las listas de precandidatos de un solo partido político. El segundo estableció que el padrón a utilizar en las elecciones internas sería el padrón electoral general, al que se incorporaría una columna que indicara la condición de afiliado y el partido político al cual perteneciera. Cuando fue cuestionada la validez constitucional de esa disposición, porque estaría dando a difusión un dato sensible, la Cámara Nacional Electoral desechó la petición al entender que se trataba de un acto público y no íntimo la afiliación a un partido político y que además requería la aceptación del partido, lo que generaba una relación bilateral. Otro tanto hizo al declarar la constitucionalidad de las normas que eximían de la elección interna abierta a los partidos políticos en los cuales hubiera una sola postulación de candidatos.

Cuando se cuestionó la constitucionalidad de la ley, la Cámara Nacional Electoral, al resolver el caso "Salvatierra" (11) el 15/11/2002, se pronunció por la validez de la norma y del sistema implementado por ella. Consideró que al modificar la legislación reglamentaria del funcionamiento interno de los partidos políticos, el legislador se había adecuado a las previsiones contenidas en los arts. 14, 28 y 38 de la Ley Fundamental.

El inconveniente del sistema de elecciones abiertas internas residía en permitir la intromisión en la vida partidaria de los partidos políticos de personas que, al no estar afiliadas a ellos, podían distorsionar la voluntad de aquellos que dieron vida y continuidad a la agrupación política en una de sus facetas fundamentales, como es la postulación de candidatos.

Por razones opinables de política agonal, el 28/11/2002 fue sancionada la ley 25.684, que dispuso suspender la aplicación de las elecciones partidarias internas y abiertas para los comicios realizados en 2003.

En cambio, sí se aplicó en 2005 para la elección de diputados y senadores nacionales, aunque no tuvo mayor relevancia. Ello obedeció a que en más del 90%



de los partidos políticos, los candidatos resultaron de una lista única interna. Y, en los restantes, fue significativamente escaso el número de ciudadanos independientes que participaron en los comicios internos.

Las disidencias internas en los partidos políticos determinaron que ellas se trasladaran a los comicios generales mediante la postulación de candidatos por agrupaciones políticas independientes, aunque ellos provinieran de un mismo partido político. En las elecciones presidenciales de 2003, el Partido Justicialista resolvió no realizar una elección interna entre los tres candidatos postulados para el cargo presidencial. Tal decisión fue, lamentablemente, avalada por la jueza Servini de Cubría (12), lo que determinó que esos candidatos se presentaran como propuestos por distintas agrupaciones políticas. Se trató de un apartamiento manifiesto de la esencia correspondiente a la Ley de Partidos Políticos, con desarticulación de su base democrática.

Una situación similar se produjo en 2005 con la elección de senadores nacionales por la provincia de Buenos Aires. El Partido Justicialista presentó sus dos candidatos y un grupo disidente hizo lo propio a través de una alianza de partidos, denominada Frente para la Victoria. La postulación de estas candidaturas fue impugnada por entender que el Frente para la Victoria estaba postulando candidatos pertenecientes al Partido Justicialista, con el objeto de aparentar una competencia electoral en el marco de un comicio general, en lugar de ocurrir por la vía legal de las internas abiertas. La petición fue desestimada por la Cámara Nacional Electoral. Consideró que "siendo el Partido Justicialista y el Frente para la Victoria dos agrupaciones investidas de competencia para la postulación de candidaturas senatoriales, y no pudiendo válidamente objetarse la oficialización de la lista registrada por el frente mencionado, la legalidad de la participación de las agrupaciones demandadas no puede ser puesta en duda" (13).

El 14/12/2009 fue publicada la ley 26.571 que modificó la ley 23.298 y estableció que "Para la designación de candidatos a cargos electivos nacionales se aplicará el sistema de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias, en todo el territorio de la Nación, para un mismo día y para todos los partidos políticos, de conformidad con lo establecido en la ley respectiva".

Asimismo, la ley 26.571 dispone que la elección se hará en un solo acto, con voto secreto y obligatorio, aunque se presentara una sola lista. La convocatoria a las elecciones primarias la realiza el Poder Ejecutivo con una antelación no menor a los noventa días, y se realizará el segundo domingo de agosto del año en que se celebren las elecciones generales.

La designación de los precandidatos la realizan las agrupaciones políticas conforme a sus cartas orgánicas y pueden, si ellas lo autorizan, incluir precandidatos extrapartidarios. Las precandidaturas a senadores y diputados nacionales deben estar avaladas por un número de afiliados no inferior al dos por mil del total de los inscriptos en el padrón de cada distrito electoral, hasta el máximo de un millón, o por un número mínimo de afiliados a la agrupación política o partidos que la integran, equivalente al 2% del padrón de afiliados de la

agrupación política o de la suma de los padrones de los partidos que la integran en el distrito respectivo hasta un máximo de cien mil si es menor. Las precandidaturas a presidente y vicepresidente de la Nación deben estar avaladas por un número de afiliados no inferior al uno por mil del total de los inscriptos en el padrón general domiciliados al menos en cinco distritos, o al 1% del padrón de afiliados de la agrupación política o de la suma de los padrones de los partidos que la integran, en el caso de las alianzas, de cinco distritos a su elección en los que tenga reconocimiento vigente. Ningún afiliado podrá avalar más de una lista. Los electores deben emitir un solo voto por cada categoría de cargo, al tiempo que podrán optar por distintas listas de las diversas agrupaciones políticas. Las listas de precandidatos se deben presentar hasta 50 días antes de la elección para su oficialización ante la junta electoral.

### 350. Poderes de hecho y pluralismo

La Constitución, en su carácter de instrumento jurídico fundamental de una sociedad global dotada de organización política, regula la forma del ejercicio del poder. A tal efecto, establece los poderes constituidos y distribuye su ejercicio entre un órgano legislativo, un órgano ejecutivo y un órgano judicial. Tal distribución se realiza mediante la precisión de los ámbitos de competencia de cada uno de esos órganos y las formas bajo las cuales se manifestarán sus voluntades con motivo del ejercicio del poder en el Estado.

Sin embargo, el orden constitucional no siempre coincide con el orden político. Ello no significa que en la realidad política el orden político se oponga necesariamente al orden constitucional, o que todos sus aspectos que desbordan al orden constitucional sean contrarios a la Ley Fundamental. El orden político puede apartarse del orden constitucional y generar manifestaciones de poder determinantes de la voluntad de los órganos de poder constituidos. Y tales manifestaciones deben ser estudiadas por el Derecho Constitucional, porque esta disciplina no se limita a ser el derecho de la Constitución, sino el derecho de las instituciones políticas, estén o no regladas en el texto constitucional.

En una sociedad democrática existe una infinidad de grupos sociales formados espontáneamente, o como consecuencia de una asociación deliberada y voluntaria, que agrupan a los individuos que tienen intereses comunes. Dentro de una sociedad global, los individuos se encuentran estrechamente vinculados, debido a la gravitación que sobre sus conductas ejercen diversos factores económicos, geográficos, religiosos, culturales, educacionales, políticos, etcétera. Tales factores conducen a los individuos hacia su agrupación, que se verifica en función de sus intereses y valores comunes. El hombre, a pesar de ser esencialmente libre, no puede eludir los vínculos que lo aproximan a sus semejantes, lo que determina su integración a uno o varios grupos sociales, como tampoco puede evitar los lazos de dependencia que se establecen con el grupo porque, si bien el grupo no absorbe al individuo en el ámbito de su vida privada, sí lo hace en el campo de su vida pública.

Como los grupos sociales son células vivientes de la sociedad pluralista, deben actuar y contar con los medios para tal fin, y la presión y la opinión son

precisamente los instrumentos que utilizan en el marco del orden político, por cuyo intermedio todo observador podrá constatar la existencia de aquéllos. O sea que los grupos sociales adquieren el carácter de grupos políticos y poderes de hecho cuando ejercen las funciones de presión u opinión frente a los detentadores oficiales del poder, ya que en caso contrario permanecerán en estado latente y carecerán de toda relevancia política para los gobernantes.

Los grupos sociales, que en su proyección política adquieren el rol de poderes de hecho, gravitan decisivamente sobre el proceso político, al configurar verdaderos controles verticales del poder político, que se manifiestan entre los detentadores y los destinatarios del poder. Los gobernantes procuran armonizar los intereses contrapuestos de los grupos sociales mediante la formulación de decisiones políticas que apuntan a satisfacer el bien común, pero en el curso de esa acción política están sujetos a las influencias de los poderes de hecho que, por tal razón, influyen sobre los contenidos de las decisiones políticas.

### 351. Factores de poder y factores de presión

Los grupos sociales, que en su manifestación en el proceso político asumen el rol de poderes de hecho, se clasifican en factores de poder y factores de presión.

Los factores de poder son aquellos poderes de hecho que ejercen una influencia intensa sobre el proceso político, lo que desemboca en una real intervención en el elenco gubernamental, al cual imponen determinadas pautas y políticas generales. Configuran un gobierno invisible que determina los contenidos de los órganos oficiales del gobierno mediante una presión ineludible para estos últimos, que se proyecta sobre todos los ámbitos de la acción gubernamental.

Los factores de presión son aquellos poderes de hecho que presionan al gobierno para obtener una decisión concreta favorable a sus intereses, sin pretender llegar a tener un rol constitutivo de las políticas generales que se elaboran en el seno de los órganos gubernamentales.

Los factores de poder determinan los contenidos de la política gubernamental, mientras que los factores de presión se limitan a requerir un acto gubernamental concreto para la satisfacción de sus intereses. De modo que no es posible determinar de antemano si un grupo social constituye un factor de poder o un factor de presión. La determinación sólo será posible al constatar la envergadura del hecho de la presión y sus resultados. Es así que un mismo grupo social podrá presentarse en ciertos casos como un factor de poder, mientras que en otros será un factor de presión.

Entre los factores de presión, ocupan una posición relevante los grupos de presión. Se denomina grupos de presión a los grupos de interés que actúan como factores de presión.

Los grupos de interés son todas aquellas agrupaciones sociales que propician la defensa de los intereses económicos comunes de sus miembros. Una organización profesional de trabajadores o de empresarios es grupo de interés en la medida en

que desarrolla una actividad encaminada a tutelar los intereses profesionales y económicos de sus miembros. Si su accionar se limita a esa defensa en el marco de negociaciones colectivas o con el cumplimiento de funciones de representación de sus asociados, pero sin presionar al gobierno, estará funcionando como grupo de interés. En cambio, si para satisfacer sus intereses particulares el grupo de interés presiona sobre los órganos gubernamentales en procura de obtener medidas concretas favorables, estará asumiendo la forma de un grupo de presión.

Todo grupo de presión es un grupo de interés pero no todo grupo de interés es necesariamente un grupo de presión. Asimismo, todo grupo de presión es un factor de presión, pero no todo factor de presión es un grupo de presión, porque pueden quedar englobados en la categoría de factores de presión grupos sociales que no responden a intereses económicos. Así, las fuerzas armadas, los grupos religiosos, los grupos culturales y, en general, las asociaciones que no tienen fines económicos, pueden ser factores de presión e, inclusive, factores de poder, pero no serán grupos de presión por no revestir la condición de grupos sociales de interés económico.

La realidad política nos revela que los grupos de presión no se limitan a actuar en el orden nacional. Muchas veces se introducen en la esfera internacional, donde ejercen una presión sobre los organismos gubernamentales extranjeros en salvaguarda de los intereses que motivan su constitución.

### 352. Institucionalización de los poderes de hecho

El orden político nos revela que la actuación de los poderes de hecho, tal como acontece con todas las fuerzas políticas, presenta aspectos favorables y desfavorables. Pero constituye un grave error la formulación de una condena genérica a los poderes de hecho en virtud de considerarlos como expositores de los intereses mezquinos que existen en una sociedad y como factores que conducen a la perversión de un sistema democrático.

La circunstancia de que a veces su accionar responda a intereses sectoriales que no se compadecen con los intereses generales de la comunidad no es preocupante si impera un pluralismo libre que permita la expresión de grupos opuestos, cuyo comportamiento permitirá al gobierno armonizar intereses contrapuestos.

Lo criticable de los poderes de hecho no reside en sus fines, sino en los medios que utilice. En un sistema democrático-constitucional los poderes de hecho no pueden actuar al margen de la ley. Pero cuando desarrollan una conducta lícita, no hacen más que ejercer los derechos que reconoce la Constitución, al tiempo que cumplen una función útil dentro de la dinámica institucional.

Los poderes de hecho, como manifestación del pluralismo, son verdaderos contrapoderes o fuerzas de contrapeso, que contribuyen al mantenimiento del equilibrio social necesario para el logro del bien común. Así, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores y empleadores, las agrupaciones religiosas y, en general, toda agrupación social, tienen el derecho constitucional de solicitar y presionar a las autoridades y restantes fuerzas políticas para que sean

satisfechos sus puntos de vista. Pero esa acción debe desplegarse dentro del cauce establecido por la ley, sin desembocar en actitudes ilícitas.

El comportamiento ilícito de los poderes de hecho y sus nefastas consecuencias para el orden constitucional han conducido muchas veces a propiciar su regulación legal.

La que mejor se adecua a la naturaleza espontánea del pluralismo consiste en regular la actividad de los poderes de hecho solamente cuando ella se relaciona con el proceso político y únicamente con el objeto de darle publicidad y transparencia.

Es el sistema aplicado en los Estados Unidos con la ley de reorganización del Congreso de 1946, que fiscaliza política y económicamente la actuación de los lobbyist como representantes de los grupos sociales encargados de influir lícitamente sobre la acción de los órganos gubernamentales.

La palabra lobbying es una expresión inglesa que proviene de lobby, Palabra con la cual en los Estados Unidos se denomina al lugar dentro del edificio de una legislatura donde pueden ingresar personas ajenas al cuerpo legislativo para conversar con los legisladores. Lobbying describe la actividad desarrollada por el lobbyist o lobista. Se trata de una persona física que, profesionalmente, representa intereses particulares, sectoriales o gubernamentales para aprobar, modificar o derogar leyes, decretos del Poder Ejecutivo o resoluciones ministeriales, que pueden, o no, responder a una finalidad económica. Su actuación se desarrolla ante los funcionarios gubernamentales frente a quienes aboga por la causa determinante de su acción.

Otro sistema consiste en la creación de consejos económicos y sociales integrados por representantes de los grupos sociales más significativos, cuya función es la de evacuar las consultas formuladas por los órganos gubernamentales y la de transmitirle las inquietudes generadas por los intereses que representa. Consejos de esta naturaleza aparecen en la Constitución de Weimar de 1919, en la de Italia de 1947 y en la de Francia de 1958. Según Jorge Esteban, el fascismo contribuyó a desprestigiar la representación de intereses con proyecciones políticas institucionalizadas.

Estos organismos han fracasado en la práctica debido a las dificultades que presenta su constitución, al tener que reflejar plenamente y en todo momento la intensa dinámica del pluralismo, así como también por la polarización clasista de sus componentes y la burocratización de su funcionamiento.

Finalmente, mencionamos la sustitución de la representación política por la representación funcional, que conduce a un corporativismo integral similar al orden estamental y gremial de las ciudades medievales, en las que los representantes de las organizaciones de artesanos y comerciantes constituían el gobierno político de ellas. Si bien modernamente no se manifestó un corporativismo integral, tuvo expresiones parciales que, sugestivamente,

coincidieron con sistemas autocráticos y transpersonalistas que desconocieron la libertad y dignidad del hombre.

(1) Fallos CS 329:2986 y 331:1715.

(2) Fallos CS 330:1436.

(3) Fallos CS 324:3143.

(4) Caso "Muñiz Barreto" resuelto el 18/6/2009 donde fue impugnada la candidatura de Luis Patti para diputado nacional.

(5) Fallos CS 324:3143; LA LEY, 2001-F, 542.

(6) Fallos CS 325:524; LA LEY, 2002-E, 135.

(7) ED 142-557.

(8) Fallos CS 310:819.

(9) 478 US 109.

(10) Fallos CS 253:133.

(11) LA LEY, 2003-A, 8.

(12) Caso "Menem" resuelto el 11/2/2003 por el Juzgado Nacional Federal en lo Criminal y Correccional N° 1. La sentencia no fue apelada.

(13) Caso "Stolbizer" resuelto el 13/10/2005.

## CAPÍTULO XIII

### Las garantías constitucionales

#### SUMARIO

- 353. Concepto y clasificación de las garantías constitucionales.
- 354. Seguridad jurídica.
- 355. Irretroactividad de la ley.
- 356. Irretroactividad de la ley penal.
- 357. Irretroactividad de la ley civil.
- 358. Irretroactividad de la ley administrativa.
- 359. Irretroactividad de la ley laboral.
- 360. Irretroactividad de la ley fiscal.
- 361. Irretroactividad de la ley previsional.
- 362. Irretroactividad de la ley procesal.
- 363. Irretroactividad de las leyes interpretativas.
- 364. Garantía del debido proceso legal.
- 365. Juicio previo.
- 366. Legalidad.
- 367. Publicidad del proceso judicial.
- 368. Tipificación de las conductas delictivas.
- 369. Delitos de derecho internacional.
- 370. El debido proceso legal y los delitos de lesa humanidad.
- 371. "Non bis in idem".
- 372. Cosa juzgada.
- 373. Prescripción.
- 374. Celeridad y denegación de justicia.
- 375. Intervención del juez natural.
- 376. Juicio por jurados.
- 377. Acusación o demanda.
- 378. Inviolabilidad de la defensa en juicio.
- 379. Ofrecimiento y producción de prueba.

- 380. Declaración contra sí mismo.

- 381. Extracción compulsiva de sangre y ADN.

- 382. Prueba obtenida ilegalmente.

- 383. Detención preventiva.

- 384. Presunción de inocencia.

- 385. Sentencia conforme a derecho.

- 386. Sanciones aplicables en materia penal.

- 387. Derecho a la segunda instancia.

- 388. Indemnización por error judicial.

- 389. Tribunales administrativos.

- 390. Condiciones de privación de la libertad ambulatoria.

#### 353. Concepto y clasificación de las garantías constitucionales

Las garantías constitucionales son todos aquellos instrumentos que, en forma expresa o implícita, están establecidos por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional.

Si bien en el lenguaje corriente los vocablos "derechos" y "garantías" son empleados como sinónimos, sus significados difieren completamente en el lenguaje jurídico.

Los derechos son las regulaciones jurídicas de las libertades del hombre. Son la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre.

Un sector importante de la doctrina constitucional limita el ámbito de las garantías constitucionales a los remedios procesales que se hacen valer por ante el organismo judicial, encaminados a la protección y el amparo de todos los aspectos de la libertad. Tales remedios pueden ser invocados aunque no exista una ley que los reglamente y aunque la Constitución no los mencione en forma expresa, conforme a la doctrina consagrada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Siri", al reconocer la garantía constitucional de la acción de amparo que no estaba contemplada en la legislación reglamentaria (1), ni expresamente prevista en la Constitución.

Nosotros entendemos que las garantías constitucionales son todos los recursos establecidos en forma expresa o implícita por la Constitución, y cuyos alcances no se limitan a la defensa de los derechos individuales y sociales sino que también se extienden a la defensa de las instituciones y del sistema constitucional. Su concreción práctica puede, frecuentemente, traducirse en remedios procesales que se hacen valer por ante los organismos judiciales, pero también puede ocurrir lo

propio por vías extrañas al Poder Judicial, como en los casos del estado de sitio y de la intervención federal, que son verdaderas garantías del sistema constitucional.

Las garantías constitucionales están enunciadas a lo largo del texto de la Ley Fundamental, tanto en su primera como en su segunda parte. Si bien los dos capítulos de su primera parte hacen referencia a declaraciones, derechos y garantías, ello no significa que éstas no estén contempladas en el restante articulado de la Constitución.

Asimismo, el reconocimiento de las garantías no requiere de una expresa previsión constitucional, por cuanto su art. 33 dispone que las garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otras garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

#### 354. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica puede ser presentada como un objetivo del sistema político, cualquiera sea su tipificación, o como una garantía constitucional, es decir, como un instrumento necesario para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional.

Entendemos que la seguridad jurídica es, básicamente, una garantía constitucional, porque sin ella no puede haber libertad ni convivencia armónica en el seno de una sociedad dotada de organización política.

La seguridad jurídica, de manera genérica, es una consecuencia del Estado en donde impera la ley, la que establece las reglas de juego a las cuales deberá adaptarse la conducta de los hombres para que ellos no sufran consecuencias lesivas para sus intereses. Pero de manera específica, y con referencia a una democracia constitucional, la seguridad jurídica es el conjunto de garantías que afirman la vigencia y aplicación de aquellas reglas de juego que impiden la desnaturalización de las libertades constitucionales del hombre.

Sin seguridad no puede haber libertad jurídica, ya que el hombre no podrá conocer las consecuencias que deparará el gobernante para sus comportamientos. Si la regla de juego es la vigencia de la arbitrariedad y la ignorancia del hombre acerca de los efectos jurídicos de sus actos, los derechos y libertades del individuo proclamados en un texto constitucional tendrán carácter meramente nominal, porque estarán subordinados a los designios de los gobernantes.

En síntesis, la seguridad jurídica presupone la plena vigencia y el cumplimiento de la ley por gobernantes y gobernados. Por ende, no habrá seguridad jurídica si, a pesar de la sanción de normas que regulan la convivencia social, ellas son desobedecidas por los gobernados o si los gobernantes no imponen, de manera coactiva, su estricto cumplimiento.

El art. 19 establece que la libertad es la regla general. Nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Las excepciones a ese principio resultan de las normas reglamentarias que prohíben aquellas

conductas que lesionan el orden público, la moral pública y los derechos de los terceros.

La Constitución faculta a los individuos para desarrollar aquellas conductas que no están prohibidas por la ley, las que están expresamente permitidas y, además, les impone el deber de realizar aquellos actos que están expresamente previstos por la ley.

En razón de que las leyes regulan las conductas humanas, quien se adecua a ellas debe tener la seguridad de estar cumpliendo con las reglas de juego impuestas para la convivencia social, así como de que no será sancionado si su conducta es lícita y que será debidamente protegido en sus derechos si es objeto de un comportamiento ilícito. Caso contrario, el hombre estará inmerso en la inseguridad jurídica, con su secuela de arbitrariedad, privilegios inadmisibles y desubicación frente a la realidad social, lo que lo privará de su potestad de desarrollar una vida ordenada en un presunto Estado de Derecho.

La seguridad jurídica implica la supremacía de la ley frente a la conducta de los individuos y a la actuación de los gobernantes, al tiempo que descarta su sometimiento a la voluntad discrecional de los individuos y gobernantes.

#### 355. Irretroactividad de la ley

El principio de irretroactividad de la ley impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una ley. Significa que las leyes solamente rigen para el futuro y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente conforme a la legislación sustituida. Con tal alcance, la irretroactividad de la ley es un presupuesto básico para la seguridad jurídica.

Sin embargo, este principio, en su manifestación más absoluta, ha sido objeto de importantes limitaciones como consecuencia del incremento operado en las actividades estatales, en desmedro de la libertad individual.

Así, la irretroactividad absoluta fue sustituida por el principio de la irretroactividad relativa, conforme al cual la irretroactividad es una regla general que puede ceder frente a la necesidad de salvaguardar el bien común. No se desconoce la irretroactividad, aunque se le imponen sustanciales excepciones cuya intensidad nos hará conocer el valor que le asigna a la libertad individual la idea política dominante en la sociedad.

El art. 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Consagra así el principio de la irretroactividad de la ley penal, que a su vez es consecuencia de uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta la estructura del derecho penal en un sistema democrático constitucional: "nullum crimen, nulla poena sine lege".

Es materia opinable si la irretroactividad absoluta que prescribe esa norma constitucional se aplica solamente en materia penal, o si es extensible a otras ramas del derecho.

Una interpretación literal avalaría la primera conclusión, porque la norma se refiere a penas, que en la terminología técnica jurídica son sanciones específicas de la ley penal. Sin embargo, una interpretación teleológica y sistemática de la Ley Fundamental, respaldada por la generalidad y flexibilidad de sus cláusulas, conduce a resultados diferentes en salvaguarda de la seguridad jurídica.

Las garantías constitucionales que tutelan las libertades del hombre no pueden ser interpretadas restrictivamente, porque se trata de una solución que no se compadece con los fines personalistas de la Ley Fundamental. Además, en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre, bien se podría entender que el vocablo "pena", empleado por la Constitución, es sinónimo de "sanción" como efecto que acarrea una conducta ilícita tipificada por la ley, cualquiera sea su naturaleza. Finalmente, y aunque se aceptara que la cláusula constitucional genera dudas razonables, la aplicación del principio in dubio pro libertate impone la extensión de la irretroactividad absoluta a todas las ramas del derecho, tanto público como privado.

Nos inclinamos por la segunda de estas interpretaciones, en atención a los fines personalistas de la Ley Fundamental y por entender que la interpretación literal es la menos recomendable en nuestra materia. De todos modos, no es ésta la interpretación uniforme en la jurisprudencia y doctrina constitucional, para las cuales la cláusula citada del art. 18, en cuanto establece la irretroactividad absoluta, es de interpretación restrictiva y aplicable únicamente en materia penal, sin perjuicio de su proyección parcial a otras materias.

En el orden internacional, la irretroactividad de los tratados está prevista, como regla general, en el art. 28 de la Convención de Viena. Establece que "las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".

#### 356. Irretroactividad de la ley penal

Conforme al art. 18 de la Constitución, nadie puede ser sancionado penalmente por la comisión de un hecho delictivo si al tiempo de su producción no estaba tipificado como tal por una ley del Congreso. Asimismo, la pena aplicable debe ser la contemplada por la ley anterior al hecho y no la contenida en una norma posterior, salvo si ella es más benigna.

Efectuando una distinción entre las normas constitucionales y las contenidas en el Código Penal, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el principio de la irretroactividad de la ley penal en cuanto a la tipificación del delito o al agravamiento de la pena es absoluto y de naturaleza constitucional. En cambio, el

principio de la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo es de naturaleza legal y no constitucional, en razón de lo cual puede ser dejado sin efecto por una ley general o especial.

En su momento, no compartimos esta última conclusión por entender que la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tenía solamente fundamento legal sino constitucional. Esta posición disfrutaba actualmente de jerarquía constitucional por estar contenida en tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Así, el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que, si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Habría, entonces, retroactividad de la ley penal más benigna y ultraactividad de la ley penal más benigna.

Se plantea una situación particular con las leyes penales temporarias. Son aquellas que prevén su vigencia solamente durante el lapso determinado en la norma y respecto de los hechos delictivos producidos bajo su vigencia.

La ley penal temporaria no puede ser retroactiva en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución. Sin embargo, se ha entendido que a su respecto no rige el principio de la benignidad de la ley penal si ella prevé su ultraactividad para los hechos cometidos bajo su vigencia y aunque fueran juzgados con posterioridad a su derogación automática.

No compartimos ese punto de vista. Las leyes temporarias que, generalmente, responden a razones de política económica o social, crean figuras delictivas precisamente en función de esas razones que el legislador contempla como temporarias. Pero, agotada la causa que justificó la vigencia de la ley, no existe fundamento para mantener las penas impuestas o proseguir con la represión penal.

Considerando el carácter fundamental que reviste el principio de irretroactividad de la ley penal, resultan cuestionables los pronunciamientos dictados por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Arancibia Clavel" (2) , "Espósito" (3) y "Simón" (4) . En los votos que conformaron la mayoría se entendió que los delitos de lesa humanidad no eran prescriptibles y que, al margen de la disposición que en tal sentido contiene el art. 4º de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, ella resultaba impuesta por la costumbre internacional que estaba vigente al tiempo de la comisión de los delitos.

En su art. 4º, ella no impone la aplicación retroactiva de sus preceptos, sino que contiene el compromiso de los Estados parte para adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas para que no se aplique a los crímenes de lesa humanidad la prescripción de la acción penal o de la pena y, en caso de que exista, que sea abolida. Al no imponer la aplicación retroactiva, que es inviable conforme al art. 18 de la Constitución, su aplicación debe concretarse

para los delitos de tal especie que se cometan a partir de la entrada en vigencia de la Convención en la Argentina, en un todo de acuerdo con el art. 28 de la Convención de Viena.

Los hechos delictivos de las causas "Arancibia Clavel", "Espósito" y "Simón", eran anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Convención de manera que, conforme al art. 18 de la Constitución, era inviable su aplicación retroactiva. Por otra parte, tampoco tenía vigencia para la Argentina la retroactividad resultante del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cuando la Convención fue aprobada mediante la ley 23.313, el 17 de abril de 1986, se dejó a salvo que: "El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional. De manera que, el principio de legalidad impuesto por el art. 18 de la Ley Fundamental, se impone frente a cualquier norma o costumbre internacional".

Inclusive de aceptarse que el principio de la imprescriptibilidad estuviera vigente a la fecha de los hechos delictivos por obra de la costumbre internacional gestada en el curso del siglo XX, el art. 18 de la Constitución data de 1853/60 sin que, conforme a su art. 30, el texto de ella pueda ser alterado por esa costumbre internacional. Por otra parte, y en función del principio de legalidad en materia penal, ¿cuál es la autoridad competente para determinar que una norma emana de la costumbre internacional? ¿Cuándo se operó su publicación para que, conforme al principio de la seguridad jurídica, pueda tener vigencia en el orden interno?

Conforme al criterio sostenido por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 7/12/2004, que compartimos, si el principio de irretroactividad resulta del art. 18 de la Constitución y si, conforme a su art. 27, los tratados internacionales tienen validez si se adecuan a su contenido, mal pueden tales preceptos ser desconocidos por un tratado o costumbre internacional.

Los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal son plenamente aplicables cuando se trata de delitos de lesa humanidad y en el ámbito del derecho internacional.

El Comité contra la Tortura de la Convención contra la Tortura se negó a intervenir en las denuncias por delitos de lesa humanidad que se habrían cometido en la Argentina con anterioridad a la entrada en vigencia de ese tratado. Consideró que las leyes de amnistía encubierta sancionadas en 1986 y 1987 no podían haber violado esa Convención porque, a ese momento, no había entrado en vigencia.

En el caso "De la Cruz v. Perú", resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 18/11/2004, se sostuvo que importaba una violación al principio de irretroactividad de la ley penal la aplicación de una norma sobre el delito de terrorismo porque no estaba vigente al momento de producirse los hechos tipificados. También, en la comunicación 981 del 22/7/2003, el Comité de Derechos Humanos, en el caso "Gómez Casafranca c. Perú", consideró que se violaba el principio de irretroactividad del art. 15 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, si una sentencia aplicaba retroactivamente la ley que elevaba las penas para los delitos de terrorismo.

### 357. Irretroactividad de la ley civil

El art. 3º del Código Civil, en su versión originaria, disponía que "las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos".

El art. 5º del Código Civil, también en su versión originaria, establecía que "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

Por último, el art. 4044 decía que "las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos".

En una interpretación de estos principios y de las cláusulas constitucionales, la Corte Suprema de Justicia entendió que (5) :

1. El principio de la irretroactividad de la ley establecido por el art. 18 de la Constitución es aplicable solamente en materia penal.
2. El principio de la no retroactividad en materia civil no es impuesto por la Constitución, sino por la ley.
3. El legislador puede atribuir efectos retroactivos a una ley civil siempre que no lesione derechos adquiridos.
4. El legislador puede disponer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes, pero no puede arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, porque en este caso se estará vulnerando la inviolabilidad de la propiedad prevista en el art. 17 de la Constitución.

La ley 17.711, sancionada el 22/4/1968, derogó los arts. 5º y 4044 del Código Civil y sustituyó el art. 3º por el siguiente: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

Si bien el nuevo texto del art. 3º no se refiere a derechos adquiridos, la distinción entre éstos y los derechos en expectativa subsiste. Por ende, si bien las leyes civiles pueden ser retroactivas cuando así lo establezcan expresamente, ellas no pueden afectar los derechos adquiridos que, como tales, están definitivamente incorporados al patrimonio de una persona.

Marienhoff, compartiendo la opinión de Jorge J. Llambías, enseñaba que un derecho se adquiere cuando se cumplen todos los presupuestos exigidos por la ley para su imputación a favor de una persona en calidad de prerrogativa jurídica individualizada. En tal sentido se había expedido la Corte Suprema de Justicia al señalar que, cuando bajo la vigencia de una ley el particular hubiera cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debía considerarse que hay un derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por la ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual (6) . Hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo que así lo disponga, pues esa sentencia o acto administrativo se limitan a reconocer un derecho con el fin de que se haga efectivo (7) .

Consideramos que la irretroactividad de la ley civil tiene fundamento constitucional y no simplemente legal.

#### 358. Irretroactividad de la ley administrativa

Las leyes administrativas no están comprendidas en la norma del art. 3º del Código Civil y por ende no les es aplicable la limitación impuesta para la retroactividad. Este criterio, adoptado en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, se refuerza por el hecho de considerar como de orden público toda ley administrativa.

Tal conclusión, si bien en principio puede resultar aceptable, merece serios reparos constitucionales cuando la aplicación retroactiva de la ley administrativa lesiona derechos legítimamente adquiridos por un particular.

En primer lugar, porque el contenido de orden público de una ley no depende de la calificación que ella se asigne, sino de su auténtica y real esencia de interés público. En segundo lugar, porque la ley administrativa no puede desconocer los derechos adquiridos sin vulnerar normas constitucionales que son de jerarquía superior (art. 31 CN) y, en caso de ser efectivamente de interés público, sin brindar a los particulares la previa y justa indemnización por el cercenamiento de sus derechos. Caso contrario habrá una confiscación basada en el orden público, solución inadmisibles a la luz del art. 17 de la Constitución, que tutela toda clase de bienes, sean o no materiales.

#### 359. Irretroactividad de la ley laboral

El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en materia laboral respecto de relaciones laborales concluidas, aunque dichas leyes establezcan nuevos beneficios para el trabajador.

Así, la Corte Suprema resolvió que no corresponde otorgar efectos retroactivos a una ley que preveía una mayor antigüedad en el empleo a los efectos indemnizatorios, respecto de relaciones laborales concluidas y liquidadas con anterioridad a su sanción, porque ello importaría vulnerar derechos legítimamente adquiridos. Entendió que el Congreso podía conceder o negar ciertos derechos

para lo sucesivo, pero no afirmar la existencia de un crédito en el pasado que a tal momento no era impuesto por ley alguna (8) .

Sin embargo, en 1947 la Corte modificó su doctrina, al establecer que el art. 2º de la ley 11.279, del cual se trataba en el caso anterior, no era violatorio de los arts. 14 y 17 de la Constitución (9) . Ese mismo año, la Corte entendió que la imposición con carácter retroactivo del pago del sueldo anual complementario respondía a exigencias de orden público frente a las cuales no cabía reconocer derechos adquiridos (10) .

A nuestro entender, las leyes laborales no son necesariamente de orden público y, aunque lo fueran, no pueden aplicarse retroactivamente respecto de relaciones contractuales debidamente concluidas porque, al margen de lesionar el derecho de propiedad, proyectan un cono de inseguridad jurídica sobre las relaciones sociales.

#### 360. Irretroactividad de la ley fiscal

La Corte Suprema de Justicia, en numerosas oportunidades, aceptó la aplicación retroactiva de las leyes fiscales. En virtud de considerar que la irretroactividad absoluta prevista en el art. 18 de la Constitución es solamente aplicable en materia penal y que la irretroactividad relativa del art. 3º del Código Civil se limita al ámbito del derecho civil, la Corte sostuvo que tales principios carecen de operatividad en el derecho tributario y el derecho administrativo, por tratarse de ramas del derecho público cuyas normas son de orden público.

No compartimos esta doctrina, por entender que la irretroactividad del art. 18 de la Ley Fundamental es aplicable a todas las materias jurídicas, al tratarse de una garantía fundamental que tutela los derechos adquiridos por los individuos y así brinda certeza y seguridad jurídica en las relaciones sociales.

Si bien la Corte ha sostenido la constitucionalidad del efecto retroactivo de las leyes impositivas nacionales o provinciales, también ha dicho que el legislador no puede, en virtud de una nueva ley, alterar un derecho adquirido de carácter patrimonial cuya incorporación se produjo al amparo de la legislación anterior, porque la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad privada.

Este principio general expuesto por la Corte tiene vigencia en diversas situaciones particulares. Así, el Estado debe respetar los beneficios fiscales otorgados a las empresas que se someten a un régimen de promoción industrial o que se comprometen a dar cumplimiento a diversas obligaciones, por cuanto, en la medida en que cumplan con esas obligaciones, queda constituida una relación patrimonial definitiva que no puede ser alterada retroactivamente y en perjuicio del contribuyente por la ley fiscal (11) .

Entendemos que las leyes fiscales deben ser anteriores al hecho determinado por ellas para generar una obligación tributaria pues, sin el previo conocimiento de ella, la actividad económica queda desprovista de toda seguridad jurídica. Criterio este último que ha sido compartido por la Corte Suprema en resguardo de los



derechos adquiridos, del derecho de propiedad, y por añadidura, de la seguridad jurídica. El principio que impone la irretroactividad de las leyes tributarias no es aplicable cuando ellas abarcan aspectos propios de la legislación penal y la ley posterior es más benigna. Ella es aplicable durante la sustanciación del proceso e inclusive permite revisar una condena.

#### 361. Irretroactividad de la ley previsional

En materia previsional, a igual que en los casos analizados precedentemente, consideramos que la ley no puede tener efectos retroactivos cuando lesiona derechos patrimoniales adquiridos, salvo si sus normas otorgan beneficios mayores a los contenidos en la legislación anterior, y siempre que la concesión de ellos no se traduzca, a su vez, en un detrimento para los derechos patrimoniales adquiridos por otras personas.

Así, las leyes jubilatorias rigen para el futuro y no tienen efecto retroactivo en perjuicio de derechos efectivamente adquiridos como consecuencia de relaciones jurídicas agotadas. Asimismo, en las cuestiones de carácter previsional, la situación del peticionario se debe estimar subordinada a la ley vigente en el momento de la efectiva cesación de su trabajo, ya que es ella la que genera su derecho y lo incorpora a su patrimonio.

Pero si el derecho se encuentra en expectativa, porque no se cumplen todas las condiciones para acogerse a los beneficios previsionales, la nueva ley puede modificar de manera más gravosa las condiciones para la obtención del beneficio. En este caso, no habrá lesión alguna para un derecho adquirido porque éste todavía no existe.

Compartimos la opinión de Marienhoff en el sentido de que el derecho al beneficio jubilatorio adquiere la cualidad de derecho adquirido cuando su titular cumple con todas las condiciones legales para acogerse al beneficio y no cuando lo solicita o es reconocido por la Administración. La adquisición del derecho se produce de modo automático, ministerio legis, sin necesidad de formular petición alguna. Sin embargo, corresponde tener presente que este criterio no es el de la Corte Suprema de Justicia, que dispone que el derecho a jubilación sólo tiene carácter de derecho adquirido cuando es dictado el acto administrativo que otorga la jubilación.

El monto del beneficio que tiene derecho a percibir el beneficiario, en la medida que no haya ingresado a su patrimonio y no se hubiera operado el vencimiento del plazo de pago, puede ser disminuido por una ley posterior, siempre que la solución no resulte confiscatoria.

No compartimos esta solución aplicada a las leyes previsionales y avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, porque la circunstancia de que el beneficio acordado se materialice en pagos periódicos no significa que el beneficiario no disponga de un derecho efectivamente adquirido, cuyo contenido fue consolidado por la ley anterior. En situaciones de emergencia, podría haber una limitación

razonable y transitoria, que deberá ser recompuesta reconociendo la intangibilidad del derecho patrimonial adquirido por el beneficiario.

#### 362. Irretroactividad de la ley procesal

Las leyes procesales que regulan la organización judicial y el procedimiento que se debe seguir en el curso de los procesos judiciales son normas de orden público cuya aplicación se opera a partir del momento de su entrada en vigencia y sobre relaciones procesales no concluidas hasta ese momento.

La aplicación de las nuevas normas procesales a las instancias no concluidas de un proceso judicial iniciado con anterioridad no importa asignarles efectos retroactivos a aquellas en la medida que no alteren las posiciones procesales concluidas y, en particular, el principio de la cosa juzgada.

Para sistematizar las diversas situaciones que se pueden presentar con motivo de la aplicación retroactiva de una ley procesal, cabe sostener:

1. Como regla general, es viable la aplicación retroactiva de las leyes procesales, siempre que no afecten derechos adquiridos y las restantes garantías constitucionales.
2. Las leyes de procedimiento son aplicables, desde el momento de su entrada en vigencia, a las relaciones procesales pendientes, siempre que no alteren los efectos de los actos procesales cumplidos, o retrotraigan al estado procesal de las causas judiciales con vulneración del derecho de defensa o de la posición procesal alcanzada por las partes en los juicios contradictorios.
3. Si bien las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y, por consiguiente, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, las nuevas leyes que se dictan pueden aplicarse a las causas pendientes, no es menos cierto que el principio se limita a los supuestos en que no se venga a afectar con ello actos ya concluidos, o siempre que no se deje sin efecto lo actuado de conformidad a las leyes anteriores.
4. Las garantías constitucionales no sufren menoscabo alguno cuando, a consecuencia de las reformas introducidas por la ley en la organización del Poder Judicial, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, en razón de lo cual se atribuye a nuevos tribunales permanentes cierto tipo de causas que antes conocían otros tribunales que se suprimen, por cuanto la interpretación contraria sería un obstáculo para toda reforma que propiciara una mejora en esta materia (12).
5. En ningún caso las leyes procesales pueden alterar el principio de la cosa juzgada. En tal sentido, el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el inculpa absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Sin embargo, y como bien lo destacó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe reconocer fuerza de cosa juzgada a cualquier sentencia judicial sino, solamente, a aquellas que fueron

precedidas en un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba (13) .

### 363. Irretroactividad de las leyes interpretativas

Las leyes interpretativas son aquellas que se sancionan con el objeto de disipar las dudas que se producen respecto a la interpretación que corresponde asignar a una ley anterior.

En rigor, no se trata de dos actos legislativos independientes, sino de una ley nueva que complementa o integra una ley anterior y aclara su significado por obra de la interpretación auténtica, que es aquella que emana del mismo órgano que dio nacimiento a la norma que se interpreta o aclara.

Como no se trata de dos leyes diferentes, la aplicación de la ley interpretativa a las situaciones que se produjeron con anterioridad a ella y bajo la vigencia de la ley interpretada no configura un caso de aplicación retroactiva. Se prosigue aplicando la ley anterior, aunque conforme a la interpretación auténtica que corresponde asignarle en virtud de lo dispuesto por el órgano que sancionó la ley interpretada.

Sin embargo, y aunque se trate realmente de una ley interpretativa o aclaratoria, su aplicación no puede vulnerar los derechos definitivamente adquiridos en virtud de una interpretación diferente o errónea, así como tampoco los efectos de la cosa juzgada operados por aplicación de la ley interpretada y antes de la sanción de la ley aclaratoria.

### 364. Garantía del debido proceso legal

El debido proceso legal consiste en una categoría genérica que abarca diversas garantías procesales específicas destinadas a suministrar a los individuos el amparo necesario para la salvaguarda de sus derechos con motivo del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

Abarca tanto el debido proceso sustantivo, como el debido procedimiento. El primero apunta a garantizar la vigencia de leyes constitucionales, erradicando el ejercicio arbitrario de la función legislativa que se traduzca en un menoscabo para las libertades. El segundo se refiere al procedimiento legal cuya ejecución se impone para el resguardo de los derechos de las personas en el curso de un proceso judicial.

Comprende tanto el derecho a la jurisdicción, consistente en la potestad de acudir ante un organismo judicial para que resuelva un conflicto aplicando la ley, como la facultad de requerir que el poder jurisdiccional del Estado se desarrolle dentro del marco personalista fijado por la Constitución. Sus reglas se aplican tanto al proceso judicial como a los procedimientos que regulan el funcionamiento de los tribunales administrativos, cuyas decisiones, en última instancia, deben ser susceptibles de revisión por los órganos judiciales.

La Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de una norma del Comité Federal de Radiodifusión que imponía a quienes solicitaran la adjudicación

de una estación de radiodifusión el desistimiento total e incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales que hubieran interpuesto contra las normas legales y reglamentarias reguladoras del servicio, porque violaba el art. 18 de la Constitución y las convenciones internacionales de derechos humanos que resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (14) .

Algunas de las garantías referentes al debido proceso legal están expresamente enunciadas, en forma genérica, por el art. 18 de la Constitución, que dispone: 1) Nadie puede ser penado sin juicio previo; 2) el juicio debe estar fundado en una ley anterior al hecho del proceso; 3) nadie puede ser juzgado por comisiones especiales; 4) el juzgamiento debe estar a cargo de los jueces designados por ley anterior al hecho de la causa; 5) nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; 6) nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente; 7) es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos.

Como las garantías que conforman el debido proceso tienen jerarquía constitucional, carecen de validez las leyes procesales que las desconozcan o restrinjan irrazonablemente su envergadura. Esto explica que las garantías constitucionales, en el ámbito penal, deben prevalecer sobre cualquier criterio de conveniencia que permita condenar a un delincuente prescindiendo de aquéllas (15) .

### 365. Juicio previo

El art. 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Si bien se trata de una disposición que generalmente ha sido relacionada con el proceso penal, entendemos que ella es aplicable a todo tipo de proceso judicial en donde se analiza la restricción o limitación de los derechos de una persona, aunque no revista naturaleza criminal.

El art. 17 de la Constitución dispone que ningún habitante de la Nación puede ser privado de su derecho de propiedad, sino en virtud de una sentencia fundada en ley, lo cual presupone un juicio previo. De igual manera, esa misma norma prescribe que ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley, lo cual también presupone un juicio previo.

La garantía del juicio previo se traduce en el derecho a la jurisdicción o al derecho a la tutela judicial efectiva. Consiste en la potestad inviolable que tiene toda persona para acudir ante un tribunal judicial para que, mediante la aplicación de la ley, resuelva el conflicto que afecta sus derechos.

Se trata de un derecho inviolable que no puede ser cercenado por razones económicas ni factores de hecho. En tal sentido, y al considerar que el Estado monopoliza el ejercicio de la función jurisdiccional, el acceso a los tribunales siempre debería ser gratuito y no subordinado al pago de una tasa. El Estado no brinda un servicio sino que ejerce una función o poder.

### 366. Legalidad

El art. 19 de la Ley Fundamental establece que ningún habitante de la Nación puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

El principio de legalidad resultante de dicha norma se proyecta en el art. 18 de la Constitución cuando dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Sobre el particular, nos remitimos a las consideraciones expuestas respecto de la irretroactividad y ultraactividad de la ley penal.

Si bien la cláusula constitucional alude a los juicios penales, consideramos que ella es aplicable a todo tipo de proceso judicial o administrativo, porque en todos ellos rige el principio de legalidad. La función del juez, al ejercer el poder jurisdiccional del Estado, consiste en aplicar la ley vigente para solucionar los conflictos sujetos a su decisión.

Los magistrados judiciales están obligados a aplicar la ley. Incluso aunque, a criterio de ellos, esa ley sea injusta. A pesar de ser injusta, tienen que aplicar la ley a menos que la declaren inconstitucional. Los jueces, en cada caso concreto, pueden atenuar los efectos injustos que conlleva la ley, pero no pueden apartarse de ella. Así lo impone el principio de seguridad jurídica y la doctrina de la separación de las funciones gubernamentales.

El apartamiento de la ley importa la violación de una garantía judicial que trae aparejada la descalificación del pronunciamiento judicial por carecer de fundamento legal válido.

### 367. Publicidad del proceso judicial

Uno de los pilares de la forma republicana de gobierno es la publicidad de sus actos. Los actos de los gobernantes en el ejercicio de su función representativa de los gobernados deben ser conocidos por los mandantes y ese conocimiento se concreta a través de la debida publicidad de aquéllos. Como el órgano judicial es uno de los órganos del gobierno, el principio de publicidad alcanza a sus actos.

La publicidad del proceso judicial y el conocimiento de su contenido es un derecho reconocido a los litigantes y sus abogados, como también al público en general ya sea en forma directa o a través de los medios de prensa.

Sin embargo, la legislación vigente establece ciertos límites a esa publicidad.

Con respecto a las partes de un proceso, entendemos que esas limitaciones son inadmisibles. La excepción está configurada por las actuaciones que se desarrollan en la etapa instructoria de un proceso penal y solamente mientras subsista el secreto sumarial.

Entendemos que, cuando media un interés institucional o un relevante interés público republicano, las actuaciones judiciales deben ser públicas, con la salvedad

de la etapa instructoria del proceso penal y mientras subsista el secreto del sumario.

En cuanto a las sentencias finales de cualquier instancia, todas ellas deben ser públicas aunque no medie un interés institucional o un relevante interés público republicano. En estos casos, solamente aceptamos que no se den a conocer los nombres de las personas involucradas en el proceso si se ocasiona un injustificado daño a su intimidad, pero la sentencia debe ser pública.

El acceso de los periodistas a las constancias de una causa penal donde se había dictado un sobreseimiento provisional, y su eventual difusión pública, fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Monzón" (16) .

La difusión mediante la televisión de un proceso penal fue admitida por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14 en los casos "Arias" y "Keylian", que destacó que "la publicidad de los debates deriva de un principio propio del sistema republicano cual es la difusión de los actos de gobierno de manera de permitir el control popular sobre la administración de justicia, siendo que el pueblo está de cara a sus jueces y los jueces de cara a su pueblo". Este criterio fue compartido por la Corte Suprema de Justicia (17) cuando expresó que la filmación de un proceso judicial realizada con autorización judicial conlleva el permiso para su emisión.

Al margen de estar impuesta por la naturaleza del sistema político democrático, la publicidad de los actos judiciales presenta considerables beneficios: Incrementa el conocimiento de las personas sobre las modalidades legales del proceso; reduce los riesgos resultantes del comportamiento autoritario de los magistrados judiciales con motivo del control popular y directo ejercido sobre ellos y disipa las dudas y sospechas que pueda albergar la sociedad sobre la honestidad y probidad de los jueces, entre otros.

### 368. Tipificación de las conductas delictivas

Las reglas del debido proceso en materia penal, traducidas en el principio de legalidad, imponen que las conductas calificadas como delitos estén fijadas solamente por una ley emanada del Congreso. El Poder Ejecutivo, mediante la emisión de decretos de necesidad y urgencia, o en ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Congreso, no puede establecer delitos (arts. 76 y 99, inc. 3, CN).

Tampoco se puede legislar en materia de delitos mediante la iniciativa popular (art. 39 CN) o la consulta popular (art. 40 CN).

En cambio, se ha aceptado la validez de las leyes penales en blanco (18) . Son leyes en las cuales se describe la conducta delictiva y el elemento subjetivo, pero existe una remisión a los actos emitidos por el órgano ejecutivo que, razonablemente, son necesarios para precisar ciertos contenidos técnicos de aquellas conductas. Así, el art. 189 bis del Código Penal sanciona la tenencia de armas de guerra, respecto de las cuales corresponde al órgano ejecutivo determinar cuáles revisten esa característica. Asimismo, el art. 77 del Código Penal establece que los

estupefacientes son aquellas sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren por decreto del Poder Ejecutivo.

La ley del Congreso que establece un delito debe contener todos los requisitos sustanciales y formales que permitan determinar la conducta delictiva y, en cierta medida, su razonabilidad. Tal requisito permite descalificar constitucionalmente los llamados delitos de sospecha. En ellos no se sanciona al autor de un hecho concreto sino a quien, por su comportamiento, cabe presumir que fue autor de un delito o que incurrirá en la comisión de un delito. Tales presunciones colisionan con otra que tiene jerarquía constitucional: la presunción de inocencia que solamente puede ser enervada mediante la prueba fehaciente de la ejecución del hecho delictivo.

No acontece lo propio con los delitos de peligro abstracto, donde, la ejecución del hecho previsto por la ley no produce un daño inmediato y cierto, pero sí una situación de peligro y daño para la sociedad. La tenencia de un arma de guerra sin la autorización correspondiente no genera ese daño inmediato, pero resulta potencialmente riesgosa para el orden público.

En los delitos de peligro abstracto la conducta delictiva está claramente descripta y su comisión se opera asumiendo la conducta prohibida por la ley. Las razones de orden público que el legislador tiene en cuenta para penalizar una conducta son, en principio, insusceptibles de revisión judicial.

Al decidir el caso "Colavini" (19), la Corte Suprema convalidó la constitucionalidad de las normas que penalizaban la tenencia de estupefacientes, inclusive para uso personal y siempre que su consumo no estuviera legitimado por prescripción médica. Consideró que la conducta prevista por la ley superaba los límites del derecho a la intimidad, resguardado por el art. 19 de la Ley Fundamental. Reiteró tal temperamento en el caso "Roldán" (20), donde destacó que es lícita la actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de droga. Igual decisión fue adoptada en otros pronunciamientos (21).

El 29/8/1986, la Corte Suprema modificó su doctrina al resolver los casos "Bazterrica" (22) y "Capalbo" (23). Declaró la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771, que penalizaba la tenencia de estupefacientes. A su criterio, la tenencia de drogas para su uso personal no se debe presumir que, en todos los casos, tenga efectos nocivos para la ética colectiva cuando no trasciende de la esfera de intimidad de las personas. Consideró que no está probado que la incriminación de la simple tenencia evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general.

En 1990, la Corte retomó su postura originaria en el caso "Montalvo" (24), donde sostuvo que los motivos del legislador para penalizar la tenencia de estupefacientes son cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que están al margen de la función jurisdiccional. Por otra parte, esa incriminación, aunque abarque el consumo

personal del tenedor, no se dirige a la represión del usuario, sino a la represión de un delito contra la salud pública. Lo que se protege no es el interés particular del adicto, sino el interés general que éste trata de resquebrajar, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga.

Al decidir el caso "Arriola" (25), la Corte Suprema se apartó de la doctrina expuesta en "Montalvo" y retornó a la emitida en el caso "Bazterrica".

Declaró, en el caso concreto, la inconstitucionalidad del art. 14, párr. 2º, de la ley 23.737 que impone la pena de prisión de un mes a dos años a quienes tuvieren en su poder estupefacientes que, por su escasa cantidad y demás circunstancias, permiten sugerir inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

El tribunal sostuvo que ciertas normas que pueden ser consideradas legítimas en su origen, pierdan esa cualidad por tornarse indefendibles constitucionalmente con el transcurso del tiempo (26).

Al disponer la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, la Corte aclaró que lo hacía "en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para su uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos".

¿Cuándo no se presentarían las condiciones que evitan un peligro o daño a derechos o bienes de terceros? En su voto, la jueza Carmen Argibay citó casos concretos resueltos por la Corte Suprema.

Así, no hay una acción privada cuando se sorprende a una persona fumando marihuana en un sitio público; si el imputado tenía marihuana en su poder cuando transitaba por la vía pública con tres personas en un vehículo a las que invitó a consumir la droga, cuando quien poseía marihuana admite que parte de ella fue consumida en su domicilio por diversas personas; si el imputado fumaba marihuana mientras transitaba acompañado por un amigo; o si la tenencia de droga responde al propósito de consumirla de modo inmediato en un lugar público.

La descripción de la conducta delictiva puede estar expresamente prevista en la Constitución. En tal caso, cuando el Congreso reglamenta la norma constitucional debe establecer la pena correspondiente y respetar, en su esencia, aquella descripción.

#### 369. Delitos de derecho internacional

Delitos de derecho internacional son todos aquellos previstos en las convenciones o tratados internacionales que fueron aprobados por el Congreso y que tienen vigencia para el Estado nacional.

Al margen de la vigencia de tales documentos, la punición de los hechos está condicionada a una descripción precisa de la conducta delictiva y a la fijación de una pena. Si estos requisitos no están contenidos en la convención o tratado, deberán ser cumplidos mediante una ley del Congreso.

A los delitos de derecho internacional se refiere el art. 118 de la Constitución cuando, en su parte final, dispone que si el delito se comete 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. La interpretación de esta cláusula no se puede efectuar prescindiendo de su primera parte.

La norma establece que los juicios criminales ordinarios se tramitarán en la provincia donde se hubiere cometido el delito, para luego aclarar cuál será la solución aplicable si la comisión se produce fuera de los límites del país.

Comentando esta cláusula, cuya fuente es el art. III, secc. 2, ap. 3, de la Constitución de los Estados Unidos de América, Joaquín V. González enseñaba que sólo el Congreso "puede determinar el lugar, o sea el fuero de la causa por un delito cometido en alta mar o a bordo de buques argentinos, o que en alguna forma interesen a la soberanía de la Nación".

Conforme a este criterio, el juzgamiento de tales delitos internacionales, cuando su comisión se produce fuera de los límites de la Nación, se hará en el lugar que fije el Congreso dentro del territorio de la República, y siempre que afecten la soberanía local. Tal es lo que acontece, se trate o no de delitos internacionales, cuando los efectos del hecho se proyectan sobre valores tutelados por la legislación nacional de manera de ocasionar un perjuicio para ellos.

Esto significa que los delitos internacionales cometidos fuera de los límites de la Nación y que no afecten su poder soberano quedan al margen de la jurisdicción nacional.

Los delitos internacionales, debidamente tipificados por la legislación nacional, que se cometan en territorio del país, deben ser juzgados por los jueces locales. Si se cometen en el extranjero, el juzgamiento por los jueces locales está condicionado a que afecten la soberanía de la Nación al lesionar valores o bienes institucionales.

No existía hasta mediados del siglo XX una definición legal y precisa de los delitos internacionales.

Generalmente se incluían e incluyen en esta categoría los hechos tipificados como delitos por ser lesivos a la comunidad internacional o a la condición humana. Tal es el caso del genocidio, el terrorismo, la tortura, la esclavitud, la discriminación racial y la trata de blancas, entre otros.

La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, prevista en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, califica el hecho como un delito de derecho internacional (art. 1º). Consiste en la matanza de los miembros de un grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los integrantes del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de llevar a su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo o traslado forzoso de los niños del grupo a otro grupo (art. 2º).

Tales hechos deben ser perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal (art. 2º). No se incluyó la comisión de aquellos actos contra un grupo político.

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la ley 24.584, y a la cual se le otorgó jerarquía constitucional por la ley 25.778, publicada el 3/9/2003, dispone que los Estados se obligan a dictar las medidas legislativas para que, respecto a tales delitos, no se aplique la prescripción de la acción penal o de la pena. Pero la Convención no es aplicable retroactivamente. Ni ella lo prevé, ni lo permiten los arts. 4º y 28 de la Convención de Viena, ni el art. 18 de la Constitución.

Una cláusula similar se encuentra en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada por la ley 24.556 y a la cual la ley 24.820 otorga jerarquía constitucional. Establece que la acción penal y la pena que se imponga no estarán sujetas a prescripción (art. 7º). En cuanto al hecho delictivo, dispone que los Estados "se comprometen, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerles una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuo o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados parte podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona". También, en este caso, la norma no es retroactiva.

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, el 17/7/1998, fue adoptado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, al ser aprobado por la ley 25.390 del 8/1/2001, reviste particular importancia porque prevé una serie de delitos internacionales, al margen de establecer la competencia de aquella Corte.

El Estatuto dispone que son delitos de competencia de la Corte Penal Internacional los de: 1) Genocidio; 2) lesa humanidad; 3) guerra; 4) agresión (art. 5º).

En el caso "Derecho" (27), con la disidencia de la jueza Carmen Argibay, los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni hicieron suyos los fundamentos expuestos por el procurador general Esteban Righi, y confirmaron la resolución que dispuso el cierre de la causa penal por prescripción de los hechos delictivos que, como delitos de lesa humanidad, le eran atribuidos al imputado.

Para el procurador, los elementos que permiten afirmar la existencia de delitos de lesa humanidad son:

- 1) Actos atroces enumerados en el art. 7º del Estatuto de Roma.
- 2) Esos delitos deben ser consecuencia de un ataque contra la población civil.

3) El ataque debe ser generalizado, lo cual excluye hechos aislados o fortuitos. Es un ataque masivo, frecuente, a gran escala. De no ser generalizado, el ataque debe ser sistemático. La generalización apunta al número de víctimas, mientras que la sistematización presupone un patrón o un plan metódico para la comisión de delitos de lesa humanidad. De modo que uno o varios actos aislados no encuadran en esta categoría.

4) Los ataques deben provenir del Estado —o mejor dicho de los gobernantes que asumieron el poder estatal— o de un grupo ajeno al gobierno que tenga control en un territorio o que pueda moverse libremente en él, conforme al criterio que habría adoptado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 7/5/1997 en el caso "Tadic". Cabe acotar que el procurador destacó que "la fuerza que impulsa la política de terror o persecución es un presupuesto del delito", de modo que, implícitamente, incluyó los actos terroristas generalizados o sistemáticos como delitos de lesa humanidad.

El procurador y, por añadidura, los jueces de la Corte que se adhirieron a su dictamen aceptan que los delitos de lesa humanidad pueden provenir tanto del Estado como de grupos extraños al Estado, aunque en este último caso se debería cumplir el presupuesto del control territorial que en modo alguno impone el Estatuto de Roma u otra convención internacional.

¿Cabe incluir el terrorismo entre los delitos de lesa humanidad descriptos por el Estatuto de Roma? Hay consenso en que sí, cuando la acción emana del gobierno. Pero no se advierte razón alguna para excluir a los grupos armados revolucionarios o contrarios al gobierno cuando acuden al terror como parte de un ataque generalizado o sistemático por motivos políticos u otros citados en el art. 7º del Estatuto de Roma. En el caso "Castillo Pretuzzi", la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que la violencia terrorista en nada se justifica, cualesquiera que sean sus protagonistas, y que corresponde su juzgamiento a la jurisdicción local. Así lo reconoció el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el 16/6/2004 cuando reconoció la responsabilidad de los integrantes del Ejército para la Liberación de Kosovo por crímenes contra la humanidad, pese a que no ocupaban un territorio y que su capacidad militar se tradujo en ataques esporádicos.

Encuadran en la categoría no solamente los grupos locales sino también el terrorismo estructurado internacionalmente, no ya para desarticular solamente a un gobierno local, sino para imponer una doctrina política, racial, religiosa o nacional de manera mundial o cuasi mundial, mediante la perpetración de actos de terrorismo en los más diversos países. Tal el caso de los atentados en Buenos Aires contra la Embajada de Israel y la mutual AMIA, con su secuela de muerte indiscriminada y dolor; el atentado del 11/9/2001 en los Estados Unidos con la destrucción de las "torres gemelas"; el consumado en la central Atocha de España el 11/3/2004; y tantos otros que asolaron la convivencia pacífica en el marco de las sociedades estatales.

Con motivo de la sanción de la ley 26.268 del 13/6/2007, las acciones terroristas y el financiamiento del terrorismo fueron calificadas como delitos.

La Corte Suprema de Justicia consideró que deben presentarse ciertas características especiales para afirmar la existencia de un delito de lesa humanidad. En el caso "Lariz Iriondo" (28) , donde fue denegada la extradición solicitada por el Reino de España de un individuo por la comisión de actos de terrorismo, los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay consideraron "que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como actos de terrorismo puedan reputarse, tan sólo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad".

Por tal razón, consideraron que los hechos imputados estaban prescriptos porque, al no ser delitos de lesa humanidad, no eran imprescriptibles como se había resuelto en el caso "Arancibia Clavel" (29) . Para los jueces Maqueda y Zaffaroni, el terrorismo no es un delito de lesa humanidad, y por ende imprescriptible, cuando no se traduce en "crímenes cometidos participando de un aparato de poder estatal", lo cual excluiría de la categoría de delitos de lesa humanidad a los actos de terrorismo provenientes de grupos sociales que no detentan el poder estatal.

Ese criterio se opone al resultante de la ley 25.390 que aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En síntesis, la gravedad que comportan los delitos de lesa humanidad, entre los cuales está incluido el terrorismo ya sea generado desde el Estado o por organizaciones subversivas, en modo alguno permite apartarse del principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal ni de las restantes garantías del debido proceso legal.

### 370. El debido proceso legal y los delitos de lesa humanidad

Algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia traen aparejados serias dudas sobre si, para el Alto Tribunal, rigen las reglas del debido proceso legal cuando nos enfrentamos con los delitos de lesa humanidad.

En el caso "Simón" (30) , la argumentación sustancial desarrollada por la mayoría para disponer la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, así como también la invalidez de sus efectos, se basó en la primacía que se debía acordar a las normas del derecho internacional para resolver el caso. Ya sea por revestir supremacía sobre la Constitución o a través de un proceso interpretativo de integración.

En el caso "Arancibia Clavel", resuelto por la Corte el 24/8/2004 (31) , la mayoría citó como casos de delitos de lesa humanidad al genocidio, la tortura, desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos. Sin embargo, el art. 2º de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, tipifica como delito internacional el perpetrado con la intención de destruir, total o

parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Pero, por imposición de la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se excluyó toda referencia a "un grupo político".

Podemos aceptar que en las "naciones civilizadas" existe una suerte de consenso sobre los delitos de lesa humanidad. Son acciones u omisiones aberrantes, de suma gravedad, que lesionan la esencia de la dignidad humana. Esa relativa precisión se diluye en la costumbre internacional cuando corresponde tipificar las conductas delictivas. Es cierto que casi todas ellas están previstas en las legislaciones penales de los Estados, pero no necesariamente como delitos de lesa humanidad.

Esa incertidumbre acarrea inseguridad jurídica y determina que, a falta de tipificación legal, ella pueda ser fijada por los jueces, que así se arrogan potestades legisferantes que son de incumbencia exclusiva del órgano legislativo.

A esa incertidumbre obedeció la reserva formulada al art. 15, inc. 2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La norma establece, en su inc. 1º, que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional, y que tampoco se impondrán penas más graves que las vigentes en el momento de la comisión del delito, al tiempo que debe beneficiarse al delincuente con la pena más leve que, eventualmente, imponga la ley con posterioridad.

Sin embargo, conforme al inc. 2º, tales principios no se aplicarán cuando se trate de delitos reconocidos por la comunidad internacional. Cuando ese pacto fue aprobado por la ley 23.313, publicada el 13//1986, en su art. 4º se estableció la siguiente reserva: "El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional". Es decir al principio de legalidad que impone la precisa tipificación de los delitos por una ley previa.

Si la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, declaró la validez de las leyes de punto final y obediencia debida; si ellas produjeron y agotaron sus efectos, ¿por qué no es aplicable el principio de cosa juzgada? Para el juez Petracchi, tal consecuencia resulta del informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que recomendó a la Argentina privar de todos sus efectos a esas leyes. Como el juez Petracchi había avalado, en su momento, la constitucionalidad de tales normas, para justificar el cambio de su postura señaló que "desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos —con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza". La argumentación del juez Petracchi no nos resulta jurídicamente convincente. ¿Cuándo advirtió esa

modificación que se estaría operando en el derecho argentino? Aparentemente, no fue con el citado informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos porque, de haber sido así, ¿cómo se explica que no se pronunciara por la inconstitucionalidad de la ley 23.521 cuando votó en el caso "Cano" (32) y en el caso "Amaya" (33), donde se resolvió "rechazar el recurso ordinario interpuesto por aplicación de la ley 23.521, con costas"?

¿Por qué no tiene vigencia el principio de irretroactividad de la ley penal? Porque así lo establece la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y otro tanto hacen los principios del derecho internacional y la costumbre internacional. Respuesta que no se compadece con el texto de la Ley Fundamental porque, si bien la prescripción no tiene naturaleza constitucional, su imposición legal impide desconocerla con efecto retroactivo (art. 18 CN).

Al decidir el caso "Simón", con la salvedad expuesta por el juez Carlos Fayt en su disidencia, los ministros de la Corte se basaron en normas de derecho internacional, contenidas en las convenciones internacionales, en los principios generales del derecho internacional y hasta en la costumbre internacional.

Sus argumentos, como lo admite el juez Petracchi, avalarían la existencia de un nuevo derecho argentino resultante de las profundas modificaciones que se habrían operado en la jerarquía de los valores jurídicos. Ya no se trata de adecuar el derecho que emana de la Constitución Nacional mediante una interpretación dinámica o progresista que respeta su esencia, sino de introducir preceptos ajenos a nuestras más caras tradiciones jurídicas, lo cual que provoca un proceso de mutación: subordinar la Ley Fundamental al derecho internacional, no solamente en materia de derechos humanos. También en virtud de restringir ciertas potestades políticas de los órganos legislativo y ejecutivo, propias de la soberanía del poder, y de subordinar la actuación de la jefatura de nuestro Poder Judicial a las decisiones de los tribunales internacionales aunque ellas colisionen con las declaraciones, derechos y garantías consagradas en los arts. 1º a 35 de la Constitución, y cuya absoluta intangibilidad fuera ordenada por la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional en 1993 y por la propia Convención Reformadora en 1994. Esta última dispuso que los tratados internacionales tenían un rango suprarlegal pero no supraconstitucional.

La Constitución establece, expresamente, su supremacía sobre los tratados (art. 27) y, si bien la interpretación de estos últimos debe ser "integradora", ella no puede traducirse en una alteración de la letra y espíritu de la Ley Fundamental.

Esa alteración es fruto de una premisa: el art. 27 de la Convención de Viena establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Consecuentemente, y merced muchas veces a una interpretación literal, se proyectan las cláusulas genéricas de los tratados a casos particulares con prescindencia de las normas constitucionales. En vez de adecuar los tratados a la Constitución, se aspira a adecuar esta última a

las normas internacionales y se llega al extremo de desconocerla cuando aquella integración resulta inviable.

Pero al margen del art. 27, correspondería tener en cuenta otras cláusulas de la Convención de Viena. Su art. 24 establece que "un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores". Para la Argentina, en principio, un tratado entra en vigencia cuando es aprobado por el Congreso y ratificado internacionalmente por el órgano ejecutivo.

El art. 28 dispone, como principio general, que las normas de un tratado no obligan a una parte respecto de actos o hechos producidos con anterioridad a su entrada en vigencia para un Estado ni respecto de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir.

El art. 46 establece que un Estado no puede dejar de cumplir un tratado en virtud de alegar que su aprobación vulneró disposiciones de su derecho interno "concerniente a la competencia para celebrar tratados". Pero sí lo puede hacer cuando esas violaciones afectan "a una norma de importancia fundamental de su derecho interno", como es su Ley Fundamental.

Estos principios deberían ser objeto de análisis, no solamente mediante consideración de la resolución 2131 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21/12/1965, según la cual "cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía", sino también el comportamiento internacional de las "naciones más civilizadas". Este aspecto, con aguda claridad desprovista de toda consideración dogmática, fue expuesto por el juez Fayt. Con referencia al art. 27 de la Constitución, nos recuerda la autorizada opinión de Joaquín V. González: "Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a todos los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales (...). En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional", para luego agregar el juez Fayt que "Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esa interpretación preserva —ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo tratado— el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía".

Al tiempo de ser sancionadas las leyes de punto final y obediencia debida, estaban en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aunque esta última es posterior a la ley de punto final. En cambio, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad son de fecha posterior y fueron receptadas, conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución, el 29/5/1997 y el 3/9/2003, respectivamente.

El primero de estos documentos, en su art. 9º, establece que "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Impone el principio de legalidad, de ultraactividad y de retroactividad de la ley penal más benigna a añade que la garantía nunca puede ser suspendida (art. 27, inc. 2º). No contiene cláusula alguna que, conforme al principio de legalidad, impida la amnistía, o que permita desconocer el principio de cosa juzgada, la prescripción de la acción penal o la aplicación retroactiva de las normas jurídicas en materia penal.

La Convención referente al genocidio tampoco contiene cláusula alguna que impida reconocer las garantías citadas en el párrafo anterior. Dispone que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar este delito, calificado como de derecho internacional (art. 1º), aunque excluye su comisión cuando se perpetra con la intención de destruir a un grupo político.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece los principios de cosa juzgada y de "non bis in idem" (art. 14, inc. 7º) con referencia a "toda" persona. El art. 15 (inc. 1º) dispone la irretroactividad, en materia penal, del derecho nacional e internacional, así como la ultraactividad y retroactividad de la ley penal más benigna. En cuanto a su inc. 2º, si bien establece que aquellas garantías no son aplicables cuando se trate de delitos "según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional", la ley aprobatoria 23.313, publicada el 13/5/1986, formuló una expresa reserva: la aplicación del inc. 2º quedaba sujeta al principio establecido en el art. 18 de la Constitución. De manera que los delitos reconocidos por la comunidad internacional deben estar tipificados por ley, como tales, antes de la comisión del hecho; nada impide su amnistía, la vigencia del principio de cosa juzgada y la prescripción.

Como se dijo, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas es posterior a la sanción de las leyes de punto final y obediencia debida, así como también de las sentencias de la Corte Suprema que declararon la validez constitucional de ambas. Su cláusula referente a la imprescriptibilidad de los delitos (art. 7º) es válida aunque, por aplicación del art. 18 de la Ley Fundamental, no puede tener



efectos retroactivos, así como tampoco lo tiene su carácter de delito continuado o permanente si así no estaba caracterizado en el derecho local.

La Convención referente a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad también es de fecha posterior, de modo que, conforme al art. 18 de la Constitución, no se puede aplicar de manera retroactiva. Si bien impone a los Estados el deber de abolir la prescripción de la acción penal o de la pena, esa abolición no podría tener efectos retroactivos. La inaplicabilidad de esa Convención al caso concreto fue detenidamente descripta en el voto del juez Fayt mediante la aplicación del principio de legalidad y el esquema impuesto por el art. 18 de la Constitución.

En cierto modo, se opera un desconocimiento del principio lógico jurídico de no contradicción.

Ese desconocimiento se manifestó, claramente, a partir del caso "Mazzeo", resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 13/7/2007(34) .

El 6/10/1989, bajo la presidencia de Carlos Menem, se emitieron los decretos 1002 y 1003 que dispusieron el indulto de integrantes de las Fuerzas Armadas y de miembros de grupos terroristas, como Fernando Vaca Narvaja, Roberto Perdía y Miguel Bonasso.

En la fundamentación de ambos decretos, que beneficiaban tanto a condenados como procesados, se expresó que las secuelas de los enfrentamientos habidos entre los argentinos desde hacía dos décadas obraban como constante factor de perturbación en el espíritu social e impedían alcanzar los objetivos de concordia y unión a los que el Gobierno nacional debía atender prioritariamente. También el 6 de octubre el Poder Ejecutivo emitió los decretos de indulto 1004 y 1005. El primero abarcaba a las personas involucradas en causas penales con motivo de las sublevaciones de Semana Santa de 1987, Monte Caseros y Villa Martelli, que revestían la calidad de personal militar y de seguridad. El segundo, al personal comprendido en la causa de juzgamiento promovida con motivo del conflicto bélico suscitado en 1982 en el Atlántico Sur.

En el caso "Mazzeo" fue cuestionada, únicamente, la validez del decreto 1002/89, cuya viabilidad constitucional había sido admitida por la Corte Suprema (35) .

En "Mazzeo" la mayoría, integrada por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni, consideró que carecía de validez el decreto de indulto que comprendía a autores y partícipes de delitos de lesa humanidad. Reiterando la fundamentación expuesta en "Arancibia Clavel" y "Simón", sostuvieron que se conculcaba el derecho a la verdad, a la investigación y comprobación de los hechos imputados, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios idóneos para evitar la impunidad. Equiparando los indultos a las amnistías, sostuvo que la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de los delitos comunes no era extensible a los delitos de lesa humanidad.

En disidencia votó el juez Carlos Fayt con el argumento de que no existe en nuestro sistema constitucional alguna norma que permita establecer un trato diferente para el indulto si éste recae sobre delitos de lesa humanidad que, por otra parte, no conculca el derecho de las víctimas a conocer la verdad. Agregó que, conforme al orden de prelación de los tratados impuesto por la Ley Fundamental, si se aceptara la aplicación retroactiva del derecho penal internacional se estaría vulnerando el art. 18 de la Constitución que impide la derogación retroactiva del régimen de prescripción de la acción penal.

El juez Fayt asumió que, en el voto de la mayoría, se estaba infiltrando la concepción de Carl Schmitt sobre el derecho penal del enemigo. En esa concepción, que conduce a distinguir entre "amigos" y "enemigos", se admite la inaplicabilidad de las garantías del Estado de Derecho para determinados casos de gravedad gestados por el "enemigo" en perjuicio del sistema político. Esto es así, porque en un régimen totalitario se acepta la vigencia de un derecho especial penal para los "enemigos" del sistema. En otras palabras, no todos los ciudadanos son personas, porque están, "por un lado, las personas y por el otro los enemigos".

En su voto en disidencia, la jueza Carmen Argibay también se pronunció por la validez de los indultos. Señaló que en el caso concreto, si bien no había mediado una condena y el indulto recaía sobre procesados, al haber resuelto la Corte en el caso "Riveros" que los indultos eran válidos, había cosa juzgada que no era írrita.

Consideramos que no existe fundamentación jurídica suficiente para desestimar, cuando se trata de delitos de lesa humanidad, la aplicación de las reglas del debido proceso legal. Caso contrario, se estará asumiendo una postura similar a la atribuida a los autores de tales delitos, que en modo alguno se compadecen con los valores que impone una democracia constitucional.

371. "Non bis in idem "

Es una garantía constitucional de carácter penal. Conforme a ella, una persona no puede ser procesada o condenada más de una vez por el mismo hecho delictivo.

Su jerarquía constitucional emana de una interpretación del art. 18 de la Ley Fundamental.

A ella se refiere el art. 8º, inc. 4º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al disponer que el inculcado absuelto por una sentencia firme no puede ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

Esta garantía, que responde al principio de seguridad jurídica, se debe interpretar en favor del individuo procesado. Por tal razón, y como no equivale a la garantía de la cosa juzgada, una persona condenada puede obtener la revisión de su condena y la consecuente absolución, en caso de acreditarse un error judicial o si se incorporan nuevos elementos de prueba que avalen su inocencia.

Tampoco se lesiona esta garantía si el hecho de la condena es valorado por la ley en el curso de otro proceso por un delito diferente, a los fines de su excarcelación, libertad condicional o reincidencia.

En el caso "Mattei" (36) , la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la garantía del debido proceso legal ha sido fundamentalmente establecida a favor del acusado. Sobre tal base consideró que carecía de validez la sentencia de alzada que, de oficio, dispuso retrogradar el proceso a la etapa instructoria porque el juez no habría agotado la investigación. En el caso, cuando la causa pasó a plenario, no hubo objeción alguna de la fiscalía ni de la defensa. El principio de progresividad impide que el juicio penal se retrotraiga a etapas superadas, porque los actos procesales precluyen cuando se observaron las formas legales.

En el caso "Polak" (37) , la Corte sostuvo que la nulidad del proceso que concluyó con la absolución del acusado, basada en los errores en que incurrió el fiscal y que no son consecuencia de la conducta del acusado, si además se cumplieron en el proceso las formas esenciales del juicio, importaba una violación del principio "non bis in idem ". Este principio no solamente veda la aplicación de una segunda pena por el mismo hecho, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra debido a un nuevo sometimiento a juicio de quien ya estuvo sujeto a un proceso por el mismo hecho.

En el caso "Verbeke" (38) , la Corte Suprema entendió que no se violaba la garantía del "non bis in idem ", si se declaraba la nulidad de una sentencia absolutoria basada en el voto de un magistrado judicial que había renunciado antes de la deliberación y redacción del decisorio que no suscribió, y al cual adhirieron los restantes vocales del tribunal.

En varias oportunidades la Corte Suprema reconoció la jerarquía constitucional del principio "non bis in idem"(39) .

### 372. Cosa juzgada

Es una garantía constitucional que surge de la interpretación del art. 18 de la Ley Fundamental, con el objeto de dotar de seguridad jurídica a las relaciones sociales resultantes de una controversia dirimida judicialmente.

Conforme a ella, toda sentencia judicial que tenga carácter definitivo, tanto en materia penal como en cualquier otra, no puede ser modificada.

La condena o absolución en una causa penal, así como los derechos reconocidos o negados en una causa civil, no pueden ser alterados por un nuevo pronunciamiento judicial dictado bajo las mismas circunstancias fácticas que uno anterior.

En materia penal, la garantía es de rigurosa aplicación en beneficio de la persona absuelta. No acontece lo propio respecto del condenado y en los procesos carentes de naturaleza penal. Una sentencia penal condenatoria es revisable si se aplica una ley penal más benigna sobreviniente a la resolución judicial.

Las excepciones al principio de cosa juzgada son de interpretación esencialmente restrictiva. Su generalización puede desvirtuar la vigencia del principio. Por tal razón, la revisión sólo es viable en aquellos casos en que nos enfrentemos con una

hipótesis de cosa juzgada írrita o irregular, como sería una estafa procesal o la violación de principios básicos del debido proceso.

En varias oportunidades, la Corte Suprema de Justicia manifestó que el principio de la cosa juzgada resultaba inaplicable si la sentencia definitiva no es consecuencia de un juicio donde se cumplieron estrictamente las reglas sustanciales del debido proceso legal, o si con posterioridad se presentan ciertos elementos que permiten acreditar que aquélla no se ajustaba a derecho, lo que genera una manifiesta injusticia (40).

Se ha entendido que una sentencia definitiva puede ser revisada y dejar de tener autoridad de cosa juzgada si, con posterioridad a ella, se demuestra la falsedad de la prueba documental sobre la cual se basó el fallo; o se presentan documentos fundamentales desconocidos en el curso del proceso que habrían hecho variar el criterio del juzgador; si la sentencia se basó sobre las declaraciones de testigos que, posteriormente, son condenados por falso testimonio; si la sentencia está viciada por la comisión de los delitos de cohecho o prevaricato, o por cualquier acto grave que afectó la voluntad del juzgador.

En tales casos procede declarar la nulidad de la sentencia y dictar un nuevo pronunciamiento u ordenar la sustanciación de un nuevo juicio.

La revisión de una sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada no constituye una nueva instancia ordinaria para recurrir de un pronunciamiento judicial. Es una vía extraordinaria de revisión en el curso de la cual se debe probar que, de haber sido conocidos los vicios que afectan el proceso, otra habría sido la sentencia definitiva emanada del tribunal.

Por tal razón, en materia civil no cabe invocar la propia torpeza como fundamento de la revisión.

El principio de cosa juzgada, que emana del art. 18 de la Constitución Nacional, importa una garantía representativa de la seguridad jurídica y trae aparejado un derecho adquirido. Es un principio absoluto, particularmente en materia penal, con las salvedades apuntadas anteriormente.

En el caso "Mazzeo" (41) , por decisión de la mayoría, la Corte Suprema de Justicia desconoció la garantía de la cosa juzgada que, en modo alguno, podía ser considerada írrita.

Los accionantes, que estaban sujetos a una causa penal y procesados por la comisión presunta de delitos de lesa humanidad, fueron alcanzados por un indulto presidencial. Sobre la base de tal decisión, se dispuso su sobreseimiento, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia mediante una sentencia que tenía autoridad de cosa juzgada.

Tanto el procesamiento, como el indulto y la sentencia definitiva se produjeron durante la plena vigencia del régimen constitucional y por autoridades de iure .

Sin embargo, la mayoría de la Corte entendió que "los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y non bis in idem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber del Estado de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan y por ende no admiten que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche".

### 373. Prescripción

Las acciones judiciales, tanto penales como de cualquier otra índole, deben ser planteadas dentro del plazo que, a tal efecto, establece la ley. Vencido dicho plazo, prescribe la acción y, en principio, no puede ser válidamente promovida en lo sucesivo.

Asimismo, la prescripción liberatoria en el ámbito civil constituye una garantía idónea para erradicar la inseguridad del marco de las relaciones sociales. Otro tanto acontece en el derecho fiscal. Como la prescripción liberatoria no es un instituto procesal, la Corte Suprema (42) tiene resuelto que ella está regulada por el Código Civil y las leyes nacionales, sin que las provincias puedan apartarse de tales normas. Una ley provincial que modifica, en materia fiscal, los plazos de prescripción impuestos por la ley nacional, carece de validez constitucional porque está invadiendo el área cedida por ella (art. 121 CN) y reservada a la Nación (art. 75, inc. 12, CN). Las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la legislación de fondo, incluso respecto de las regulaciones concernientes a materias de derecho público local.

En materia civil, la promoción de una acción fuera de plazo no configura un reparo para la sustanciación del proceso si la parte demandada no opone la defensa de prescripción dentro del término legal. La obligación prescripta subsiste como obligación natural y, de no mediar oposición del demandado, es judicialmente exigible.

En cambio, en materia penal la regla de la prescripción funciona con mayor rigor. La defensa de la prescripción no solamente puede ser interpuesta por el interesado sino también, en ciertos casos, debe ser declarada de oficio por el juez.

El fundamento de la garantía de la prescripción reside en el principio de seguridad jurídica. Los derechos de las personas no pueden quedar, indefinidamente, en el marco de un estado de incertidumbre.

En materia penal, la modificación de los plazos de la prescripción siempre se debe aplicar en beneficio del imputado.

El art. 36 de la Constitución federal establece que son imprescriptibles las acciones civiles y penales que se puedan promover contra quienes incurran en actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Esta previsión constitucional incorporada con la reforma constitucional de 1994 permitiría

sostener que se trata de una excepción al principio de la prescripción y, como tal, de interpretación restrictiva. De modo que, en los demás casos, y cualquiera que sea la naturaleza de los hechos, se impondría la aceptación de la prescripción con el plazo que fije la ley.

Eduardo Aguirre Obarrio entiende que restablecer la imprescriptibilidad de ciertos delitos configuraría un retroceso en materia penal. Señala que "en Norteamérica y durante la guerra, nada menos que Hans Kelsen, allí exiliado, sostuvo que era un grave error utilizar normas internacionales dictadas con posterioridad a los hechos para juzgar a ciertos personajes nazis, cuando también pudieron ser enjuiciados por normas ya vigentes al tiempo de ocurrir los hechos, como explicó Hugo Caminos ante nosotros, en su última comunicación. En nuestro país tanto Luis Jiménez de Asúa como Sebastián Soler, José Peco, Enrique Ramos Mejía, Francisco P. Laplaza, Jorge Frías Caballero y prácticamente todos los profesores que los siguieron, sostenían lo mismo". Máxime que, concluida la guerra de 1939/45, las críticas formuladas a la aplicación retroactiva del derecho penal sustantivo y el desconocimiento de la prescripción, condujeron a la sanción de tratados internacionales que prohibieron esa aplicación retroactiva y exigieron un plazo razonable para la sustanciación de los procesos.

El art. 67 del Código Penal determina los casos en que se suspende o interrumpe la prescripción.

La suspensión se opera cuando, para el juzgamiento de un delito, sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales en otro proceso. Agotada la causa de la suspensión se reinicia el curso de la prescripción.

Cuando se trata de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, la prescripción se suspende mientras alguno de los que participaron en el hecho prosiga desempeñando un cargo público.

Cuando los delitos se traducen en un atentado al orden constitucional y a la vida democrática (arts. 226 y 227 del Código Penal), la prescripción se suspende hasta el restablecimiento del orden constitucional.

La prescripción se interrumpe por: 1) La comisión de otro delito; 2) la primera citación para recibir declaración indagatoria por el delito investigado; 3) el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio; 4) el auto de citación a juicio u otro acto procesal equivalente; 5) el dictado de una sentencia condenatoria, aunque ella no esté firme.

### 374. Celeridad y denegación de justicia

El fiel cumplimiento de las reglas del debido proceso legal determina que en el curso de un juicio se produzcan ciertas dilaciones razonables. La preparación de la defensa, la producción de las pruebas conducentes para el esclarecimiento del conflicto, el análisis de las constancias obrantes en la causa, como requisito previo para que el juez pueda dictar un fallo que se adecue a ellas y a las disposiciones

legales, son pasos inevitables para garantizar la seguridad jurídica con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional.

Pero, dentro de ese marco, es obligación del juez imponer al proceso un desarrollo rápido y eficaz para disipar la incertidumbre que impera durante su curso. También es obligación de las partes no obstruir el proceso mediante presentaciones y pedidos manifiestamente improcedentes debiendo, casos en los cuales el juez debe aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes.

La duración del proceso debe ser razonable en función de las características que presente, pero el juez debe velar para que se cumplan los plazos procesales que la ley prevé respecto de cada etapa del juicio y, en particular, de aquellos que le imponen un término determinado para dictar una resolución o sentencia.

Para remediar un ejercicio de la actividad jurisdiccional lento e ineficaz, las leyes contemplan ciertos remedios como la prescripción de las acciones y la caducidad o perención de las instancias. No son soluciones ideales, pero ponen un límite a la ineficiencia de las partes y de los jueces que no quieren o no saben sortear los escollos para alcanzar la culminación del juicio mediante una sentencia rápida y conforme a derecho.

El incumplimiento de esta garantía puede acarrear la denegación de justicia que importa una grave violación, por parte del juez, de sus deberes constitucionales. La denegación o privación de justicia otorga a la parte afectada el derecho de acudir ante un tribunal superior para que, de manera inmediata, restablezca el normal desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Asimismo le confiere una acción civil rescarictoria, particularmente cuando fue objeto de una imputación penal.

El principio de celeridad en modo alguno justifica el apartamiento de las reglas del debido proceso. La celeridad judicial no equivale al juicio popular propio de los regímenes autoritarios. En ellos el juicio es sumamente rápido, más que sumarsísimo, pero no deja de ser una grotesca parodia de la función judicial. La relación entre la celeridad y el cumplimiento de las reglas del debido proceso impone, como condición ineludible para la excelencia del Poder Judicial, que los magistrados judiciales consigan el razonable equilibrio que exige la sensatez.

Nuestro Alto Tribunal en muchas oportunidades procuró subsanar la morosidad judicial. En el caso "Rodríguez", del 20/12/2005(43) , la Corte ordenó a la sala 2ª de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal dictar sentencia en el plazo de 48 horas. Ello obedeció a que, conforme a la denuncia formulada por retardo de justicia, se acreditó que el caso había ingresado al tribunal el 20/9/2004 y que recién el 30/11/2005 las actuaciones habían pasado al estudio de los magistrados, lo que superaba holgadamente el plazo de 50 días que tenían los jueces para dictar sentencia en un proceso sumario.

En el caso "Fizman" (44) , la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo declaró la nulidad de la sentencia del Tribunal Fiscal y ordenó que se dictara un nuevo pronunciamiento para determinar si el accionante se había acogido a un régimen de regularización impositiva, condonación y moratoria. El

accionante recurrió ante la Corte Suprema y alegó que la Cámara había soslayado el hecho de que el Tribunal Fiscal se había pronunciado veinte años después de quedar los autos en condiciones de dictar sentencia. La Corte entendió que, al margen de lo que decidiera la Cámara respecto de la exigibilidad o no del cobro del impuesto, correspondía, respecto de la sanción punitiva de multa, que ese tribunal se expidiera sobre la afectación de la garantía a ser juzgado en plazo razonable. Ello era así porque el imputado estuvo sujeto durante veintisiete años a un estado de incertidumbre por estar sometido a un enjuiciamiento penal. Añadió que, cualquiera sea el criterio que se adopte respecto de la suspensión de la prescripción, el desarrollo del proceso penal durante más de veinte años viola ostensiblemente las garantías del plazo razonable del proceso y el derecho de defensa. Sobre tal base, ordenó que se dictara una nueva sentencia con arreglo al fallo de la Corte.

### 375. Intervención del juez natural

El art. 18 de la Constitución dispone que ningún habitante de la Nación puede ser juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Si bien en esta cláusula está enunciado explícitamente el principio de la intervención del juez natural, hay otras disposiciones de la Ley Fundamental que se refieren a esta garantía y facilitan su interpretación y el conocimiento de su contenido y efectos.

Así, corresponde a los organismos judiciales creados conforme a las exigencias de la Constitución el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Ley Fundamental y por las leyes de la Nación (art. 116 CN). Durante la vigencia del estado de sitio, si bien el presidente de la República puede detener a las personas y trasladarlas de un punto a otro del país, carece de facultades para condenarlas o aplicarles penas (art. 23 CN).

El Congreso no puede conceder al presidente de la Nación, 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 las personas queden a merced de los gobiernos o de algún individuo (art. 29 CN).

En ningún caso puede el presidente de la República ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (art. 109 CN).

A su vez, el art. 5º de la Ley Fundamental impone a las provincias la obligación de organizar y asegurar su administración de justicia conforme al sistema representativo republicano y de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional. Todo ello como requisito ineludible para disfrutar las provincias de la garantía federal.

La cláusula constitucional proscribía la creación de tribunales judiciales de excepción para juzgar casos determinados y la creación de organismos jurisdiccionales al margen de los principios constitucionales que regulan la distribución de las funciones del poder estatal y que otorgan, en forma exclusiva, la función jurisdiccional al Poder Judicial. Tal es el principio general que tipifica la garantía del juez natural.

La Constitución prohíbe el juzgamiento por comisiones especiales. Se trata de un concepto amplio que abarca no solamente los casos en que los órganos legislativo o ejecutivo pretenden, por sí mismos, ejercer la función jurisdiccional, sino también todos aquellos casos en que encomiendan dicha función a diversos organismos o personas sin dar cumplimiento a los requisitos impuestos por la Constitución para poder legalmente conformar un tribunal judicial.

Comisiones especiales son todos aquellos organismos no judiciales, o tribunales judiciales no permanentes, creados especialmente para el caso y por medio de los cuales se saca a las personas de la jurisdicción permanente de los jueces naturales (45).

Cuando la Constitución alude a "los jueces designados por la ley", se está refiriendo a los tribunales judiciales y no a las personas físicas que los integran, de modo que el reemplazo de ellas no afecta la garantía del juez natural. En el caso "Sueldo" (46), la Corte Suprema de Justicia decidió que no se viola el principio de juez natural cuando un nuevo magistrado asume la función del anterior debido a su muerte, renuncia o jubilación (47).

Tampoco se vulnera esta garantía cuando, con motivo de una reorganización judicial, se suprimen ciertos tribunales, se crean nuevos o se modifican sus competencias. Lo que sí será necesario es que la alteración tenga carácter permanente y no responda al propósito de juzgar a personas determinadas por hechos anteriores a la ley (48).

La garantía del juez natural conlleva la garantía de su imparcialidad. En el caso "Llerena" (49) la Corte Suprema entendió que esa imparcialidad se considera afectada cuando el juez correccional que instruye el sumario es también el juez encargado de dictar la sentencia definitiva, máxime cuando dispuso el procesamiento del imputado.

### 376. Juicio por jurados

El juicio por jurados está previsto en tres artículos de la Constitución federal.

El art. 24 dispone que el Congreso debe promover la reforma de la legislación "y el establecimiento del juicio por jurados".

El art. 75, inc. 12, establece que corresponde al Congreso sancionar las leyes que requiera la implementación del juicio por jurados.

El art. 118 dispone que todos los juicios criminales ordinarios serán terminados por jurados, una vez que esa institución sea establecida en la República. Añade que

tales juicios tramitarán en la provincia donde se hubiere cometido el delito, al imponer el principio de la territorialidad para el juzgamiento.

La fuente de estas normas es la Constitución de los Estados Unidos de América que, probablemente, también inspiró a los constituyentes de 1819 y 1826. El art. 114 de la Constitución de 1819 y el art. 164 de la Constitución de 1826 también preveían el juicio por jurados.

El origen del juicio por jurados se remonta a las costumbres de los pueblos germánicos y escandinavos, con su posterior desenvolvimiento en Normandía. A raíz de la invasión de los normandos en Inglaterra, la institución se habría consolidado a mediados del siglo XII por obra de Enrique II y posteriormente fue adoptada por los colonos que se instalaron en la América del Norte. Su funcionamiento, que está firmemente arraigado en Gran Bretaña y los Estados Unidos, responde a la concepción de dar cierta intervención directa al pueblo en el ejercicio de la función judicial. Carlos Laplacette encuentra cierta similitud con el principio expuesto por la Carta Magna en 1212 acerca de la invalidez de los tributos que no son establecidos por el pueblo y del juzgamiento de las personas por sus pares.

La función del jurado, que está compuesto por ciudadanos comunes, reside en expedirse sobre la culpabilidad o inocencia de la persona sometida a un proceso penal, aunque su funcionamiento también es viable en un proceso civil, comercial, laboral o de cualquier otra índole. Su decisión, que debe adecuarse a las instrucciones que imparta el juez, se basa en la valoración de los hechos y las pruebas producidas. No se expiden sobre elementos de derecho sino de hecho. La conducción del proceso y la aplicación de la ley es una tarea propia del juez.

La finalidad del juicio por jurados radica en concretar la participación del pueblo en el ejercicio de la función jurisdiccional. De este modo aproxima al ciudadano a los jueces.

Las objeciones que se le hacen a esta institución revelan una particular desconfianza en la sensatez de los ciudadanos y en su nivel cultural. Ellos estarían intelectualmente habilitados para elegir al presidente, vicepresidente, diputados y senadores, pero no para ponderar los hechos de una causa penal.

No compartimos este prejuicio, propio de una concepción elitista, que cercena un derecho fundamental del ciudadano para participar en la cosa pública. Resulta evidente que nuestros constituyentes tenían más confianza en la sensatez del pueblo que los legisladores que los sucedieron durante más de ciento cincuenta años.

El hecho de que, hasta el presente, no fuera reglamentado el juicio por jurados, en modo alguno significa que las cláusulas constitucionales hubieran sido derogadas por desuetudo. La inactividad del legislador no puede traducirse en el ejercicio del poder constituyente de manera de suprimir cláusulas de la Ley Fundamental. La costumbre no deroga artículo alguno de ella. De haber sido esa la voluntad política existente en la comunidad, la reforma de tales cláusulas habría sido propuesta en

la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994. Pero no fue así.

La Constitución, al introducir la institución del juicio por jurados, no establece una cláusula operativa. Deja librado al Congreso el momento oportuno para decidir su reglamentación. Tal circunstancia determina que un procesado no pueda exigir su funcionamiento ni alegar la invalidez del juicio debido a la ausencia de un jurado (50).

El juicio por jurados no es una institución de naturaleza procesal. Conforme a los arts. 24, 75, inc. 12, y 118 de la Constitución, debe ser regulado por el Congreso y no por las provincias. Se podría alegar que, como esa regulación no emanó del Congreso, las provincias podrían emitirla de acuerdo con el art. 126 de la Constitución.

### 377. Acusación o demanda

Los procesos judiciales se inician mediante la petición que formula una de las partes en salvaguarda de un interés general o de un derecho particular.

Tanto en materia penal como en materia civil, la acusación o la demanda deben ser formuladas con claridad y su objeto ha de ser procesado debidamente. Este requisito es impuesto por la necesidad de ofrecer a la contraparte la posibilidad efectiva de replicar en resguardo de su derecho y de ofrecer la prueba que estime conducente.

El incumplimiento de esa obligación puede traer aparejado el rechazo de oficio de la acción penal y otro tanto sucede en sede civil, a pedido de la contraparte.

Si bien la acción penal es irrenunciable en los delitos de acción pública, ello no es óbice para que el fiscal se abstenga de acusar por entender que no hay delito. De manera que es nula la sentencia condenatoria si el fiscal de Cámara no mantuvo en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por el ministerio público contra la sentencia absolutoria de primera instancia.

Asimismo, y cuando se trata de tribunales orales colegiados, son nulas las sentencias condenatorias cuando el fiscal, en el plenario y antes de concluida la prueba, decide solicitar la absolución del imputado (51), y aunque el actor civil pidiera la condena (52).

Sin embargo, la Corte considera que no es válida la sentencia absolutoria dictada con motivo del pedido formulado en tal sentido por el fiscal una vez concluido el período probatorio si, en la misma oportunidad, la parte querellante solicitó la imposición de una pena, por cuanto la exigencia de la acusación se cumple con prescindencia de su carácter público o privado (53).

Esa conclusión no se compadece con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Quiroga" (54), al destacar que el Ministerio Público Fiscal es, constitucionalmente, el único órgano habilitado para promover, en forma automática la acción penal. Sobre la base de ese precedente, en el caso "Munson"

(55) la Corte dijo que es inconstitucional la norma procesal que faculta a la Cámara de Apelaciones, en aquellos casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, para apartarlo e instruir a quien designe el fiscal de Cámara para que efectúe el requerimiento de elevación a juicio. Tal decisión, a criterio de la Corte, no respeta la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal que establece el art. 120 de la Constitución.

Este criterio fue reiterado por la Corte Suprema en el caso "Espíndola" (56). La independencia funcional otorgada por la Ley Fundamental al Ministerio Público conlleva la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, del Código Procesal Penal, al autorizar a la Cámara de Apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de Cámara a fin de producir la elevación a juicio.

Caso contrario, se estará permitiendo la actuación de oficio de los jueces, lo que puede generar sospechas de parcialidad. Sin embargo, en el caso "Arancibia Clavel" (57), la Corte Suprema avaló la actuación de oficio del tribunal sin que mediara apelación del Ministerio Público Fiscal ni de la parte querellante, respecto del hecho de la prescripción decretada.

Consideramos que el carácter pendular de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en esta como en otras materias, lesiona el derecho de defensa, el principio del juez imparcial y la independencia funcional del Ministerio Público conforme al art. 120 de la Ley Fundamental.

### 378. Inviolabilidad de la defensa en juicio

El art. 18 de la Constitución Nacional establece que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Consagra así la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, que consiste en la facultad reconocida a toda persona para ejecutar o solicitar la ejecución de todos aquellos actos razonablemente necesarios o convenientes para participar en el proceso, ser oído por el juez, producir las pruebas que hacen a su derecho y obtener una respuesta justa con arreglo a la ley.

La garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio no es absoluta en cuanto a los medios, formas y plazos en que puede ser ejercida.

Ella debe estar sujeta a una razonable reglamentación, porque si cada persona pudiera invocarla en juicio para alterar arbitrariamente las reglas procesales, conculcar las leyes, la moral, el orden público o el debido respeto a la magistratura judicial, se caería en la anarquía procesal, en la desnaturalización de la garantía del debido proceso, y se privaría de efectividad a la propia función jurisdiccional del Estado.

La garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio se traduce en la efectiva posibilidad atribuida a los litigantes para ejercerla conforme a la ley procesal. De modo que si ella no es ejercida por voluntad o negligencia de la persona de cuya protección se trata, la omisión no puede acarrear la nulidad de los procedimientos judiciales realizados, ni retrotraer el estado procesal del juicio. Asimismo, la no

utilización por el interesado de sus defensas en las formas y oportunidades establecidas por la ley de manera razonable no puede ser suplida por el juez sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes y en desmedro del derecho de defensa de la contraparte, que también disfruta de la protección constitucional, de manera de generar una desigualdad arbitraria que no se compadece con el art. 16 de la Ley Fundamental.

Sin embargo, en materia penal el tribunal debe procurar que el acusado no quede en un estado de indefensión como consecuencia de la ineptitud o torpeza de su letrado defensor (58) .

Asimismo, la Corte Suprema tiene resuelto que debe dejarse sin efecto la sentencia confirmatoria de la condena impuesta al imputado por un hecho no descripto en forma circunstanciada, ni en el requerimiento de elevación de las actuaciones a juicio ni en el alegato fiscal, porque se viola el derecho de defensa en juicio. Es que, si se admitiera la posibilidad de condenar por un hecho distinto al enunciado en el requerimiento de elevación a juicio, se estaría dejando en manos del tribunal la determinación del objeto de la acusación, lo que vulnera el principio acusatorio según el cual el juez está ligado a la acusación en el sentido de resultarle imposible condenar a una persona distinta de la acusada o por hechos distintos de los imputados. Por ende, la formulación correcta del requerimiento de elevación a juicio, como imputación de un hecho delictivo preciso a una persona determinada, es indispensable para garantizar la intangibilidad de la defensa en juicio (59) .

Los procedimientos abreviados que a veces prevén las normas procesales no son violatorios del derecho de defensa en juicio. Tampoco lo son por la circunstancia de vedar la producción de ciertas defensas o medidas de prueba, y con mayor razón en aquellos casos en que las sentencias no hacen cosa juzgada sobre el fondo del asunto, al tiempo que queda abierta la vía del proceso ordinario con toda la amplitud de la defensa que lo caracteriza.

Para salvaguardar la inviolabilidad de la defensa en juicio, en materia civil los pronunciamientos deben limitarse a lo que ha sido objeto de litigio entre las partes, porque la sentencia que desconoce o acuerda derechos no debatidos en el proceso es, en principio, incompatible con las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución. Es arbitraria la sentencia que no se fundamenta en los hechos comprobados en la causa y prescinde de las pruebas acumuladas en ella, cuya valoración puede ser decisiva para modificar el resultado del juicio.

Uno de los principios que garantiza adecuadamente la vigencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el que impone obligatoriamente la asistencia letrada de las partes en un proceso judicial, llegando al extremo de imponer al Estado el deber de ofrecer un patrocinio gratuito a todos aquellos que no designan a sus letrados.

La garantía de la defensa en juicio es plenamente aplicable ante los organismos administrativos a los cuales la ley les confiere funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de que sus decisiones deban ser siempre susceptibles de revisión y

control judiciales, no solamente sobre el fondo de la cuestión resuelta, sino también sobre el debido cumplimiento de aquella garantía.

### 379. Ofrecimiento y producción de prueba

La garantía de la defensa en juicio presupone el derecho para los litigantes de ofrecer y exigir la producción de todas las medidas de prueba que estimen conducentes en sustento de sus posturas procesales.

La ley puede regular las medidas de prueba que ofrezcan las partes e imponer un límite para ellas siempre que sea razonable. Inclusive, tanto en los procesos criminales como en los civiles, los jueces de oficio pueden disponer la producción de pruebas no ofrecidas por las partes para alcanzar la verdad objetiva como fundamento de sus sentencias.

En materia civil, y salvo oposición fundada en derecho de la contraparte, los jueces tienen el deber de ordenar la producción de las pruebas ofrecidas, aunque su diligenciamiento quede a cargo de aquéllas.

El rechazo de una prueba puede acarrear la nulidad de una sentencia penal o civil si se demuestra que su producción habría hecho variar sustancialmente los elementos ponderados al dictar el fallo.

### 380. Declaración contra sí mismo

El art. 18 de la Constitución establece que ningún habitante de la Nación puede ser obligado a declarar contra sí mismo, a lo que añade que quedan abolidos para siempre toda especie de tormento y los azotes.

La norma constitucional según la cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, cuya fuente es la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos, significa que: 1) Una persona puede prestar declaración voluntariamente y tendrá que atenerse a las consecuencias de sus manifestaciones o confesión; 2) ninguna persona puede ser obligada a prestar declaración en calidad de imputada o procesada cuando se le achaca la comisión de un hecho delictivo; 3) si una persona se allana a prestar declaración voluntariamente, puede abstenerse de declarar respecto de aquellos hechos, datos o circunstancias que se traduzcan en una autoincriminación; 4) la negativa a declarar no puede generar una presunción en contra de sus derechos.

Se trata de una garantía que, como consecuencia de las interpretaciones jurisprudencial y doctrinaria imperantes, se aplica solamente en materia penal y protege al individuo frente a la autoincriminación.

La garantía se aplica tanto en beneficio de la persona a la cual se le imputa un delito, como también a los testigos cuando sus declaraciones pueden generar un caso de autoincriminación. Tal es lo que acontece cuando el testigo, bajo juramento de decir la verdad, es compelido a formular manifestaciones que importen su confesión de haber participado en hechos delictivos, o cuando la obligación de declarar importa vulnerar el secreto profesional que la ley le impone como deber,

o cuando su declaración le producirá graves perjuicios de orden moral, familiar o patrimonial. En estos casos, la carga pública impuesta a los testigos queda subordinada a la garantía constitucional.

En estos casos, ya sean de índole penal o civil, el testigo puede negarse a declarar. El testigo tiene derecho a negarse a declarar, pero si no ejerce tal potestad e incurre en falso testimonio su conducta será punible, salvo si media un estado de necesidad o alguna razón grave y seria que justifique jurídicamente su conducta.

Una situación particular se presenta con las grabaciones realizadas mediante cámaras ocultas, en las cuales una persona admite su participación en un hecho delictivo. Tales grabaciones son realizadas con frecuencia por las víctimas de un delito o por quienes ejercen el periodismo de investigación con el propósito de denunciar la ejecución de hechos delictivos o de graves irregularidades por funcionarios públicos o particulares. Si la conversación entablada con el presunto autor de un delito se realiza frente a testigos sus dichos no constituirán una prueba confesional, pero sí un indicio lícito que, como elemento de prueba, deberá ser ponderado juntamente con los restantes que existan en la causa. Si las manifestaciones del imputado son realizadas espontáneamente no se lesiona su ámbito de privacidad porque él aceptó la incorporación de un tercero a éste. Con mayor razón cuando la grabación se realiza con autorización judicial.

En tal sentido se ha resuelto que "la filmación de una conversación realizada por un equipo periodístico televisivo guarda parangón con la grabación de una comunicación por parte de uno de los interlocutores, lo cual no invade la esfera de las prohibiciones probatorias" (60).

Las grabaciones concretadas mediante una cámara oculta no constituyen una prueba judicial decisiva para tener por acreditados los comportamientos punibles en materia penal. Pero ello no significa que tales grabaciones carezcan de relevancia y que no puedan ser articuladas con otros medios probatorios.

En cuanto a las causas judiciales que no revisten carácter penal, se considera inaplicable la garantía de la declaración contra sí mismo. Por tal razón, la inasistencia de la persona involucrada como parte en un proceso o su negativa a declarar determinan su rebeldía o, al menos, una presunción en su contra.

Sin embargo, entendemos que en esas causas no penales puede pedirse la absolución de posiciones de la contraparte, pero no pueden ser tenidas por absueltas en rebeldía y en su perjuicio de mediar inasistencia o negativa a declarar. Se trata de una solución no aceptada por la legislación procesal, que deja librado al arbitrio del juez ponderar los efectos de la rebeldía.

Consideramos que las garantías del art. 18 de la Ley Fundamental tienen vigencia no solamente en cuestiones de índole penal, sino también en las de cualquier otra naturaleza. Entendemos que en ninguna de ellas puede ser obligada una persona a prestar declaración contra sí misma. Puede hacerlo voluntariamente, y su declaración tendrá efectos jurídicos válidos, pero su negativa a declarar respecto

de circunstancias relacionadas con sus derechos controvertidos en un proceso judicial no puede acarrearle perjuicios.

En su art. 18 la Constitución también prohíbe, en forma absoluta, toda especie de tormento y los azotes, ya sean con el carácter de pena o como medio para obligar a una persona a declarar contra su voluntad. Es una prohibición que comprende toda forma, procedimiento o técnica, de índole física o moral, que lesione la libre manifestación de la voluntad de una persona o, cuando se trata de penas, que no se compadezca con la dignidad de la persona humana.

### 381. EXTRACCIÓN COMPULSIVA DE SANGRE Y ADN

Los significativos progresos tecnológicos registrados en el curso de las últimas décadas determinaron el surgimiento de procedimientos y técnicas cuya aplicación sobre el cuerpo humano permite constatar la veracidad de ciertos hechos con un elevado o total grado de certeza.

La aplicación de tales técnicas por orden judicial suscita serios reparos cuando afectan la garantía del debido proceso legal.

No se trata de aquellos casos en que la acción desplegada sobre el cuerpo de una persona carente de discernimiento resulta indispensable para preservar su vida, en cuyo caso la orden judicial será lícita (61). Sino de aquellos en que se procura obtener una prueba decisiva para resolver el conflicto sometido a la decisión judicial.

Tal es lo que acontece con la prueba resultante de la sangre extraída del cuerpo de una de las partes, de un testigo o de un tercero, con la conformidad judicial, para realizar una pericia.

En principio, nos adherimos a la opinión expuesta por Germán Bidart Campos, en el sentido de que no es viable obtener un elemento probatorio del cuerpo de una persona sin su consentimiento. El derecho sobre el propio cuerpo y el respeto a la dignidad humana nos impulsan a adoptar esta conclusión.

En materia penal, la extracción de sangre del cuerpo del imputado requiere su previa conformidad. No es viable la extracción compulsiva, porque estaremos violando la garantía del art. 18 de la Constitución federal que proscribela autoincriminación.

Si el imputado no puede ser obligado a declarar, si tiene derecho a guardar silencio en el curso de un interrogatorio, mal puede ser obligado a suministrar su sangre para determinar la veracidad de los hechos sobre los cuales se niega a declarar.

Igual solución es aplicable a aquellas personas que no pueden testificar en una causa penal o que están legalmente eximidas de hacerlo. También respecto de aquellas personas que sí deben testificar, pues su obligación se limita a responder con veracidad a las preguntas que se le formulen, pero no a aportar su propio cuerpo con aquel propósito. En tal caso, será necesario contar con el consentimiento del testigo.



En este ámbito, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema presenta ciertas variantes cuando, en una causa penal, la comisión de un delito guarda relación con elementos concernientes con el derecho a la intimidad y el derecho a conocer la verdadera filiación de una persona.

Se ha decidido que no procede la extracción de sangre a un menor de edad, sujeto a una adopción plena, para verificar si existía, o no, correspondencia genética con personas que alegaban ser los ascendientes sanguíneos del menor, si el padre adoptivo no imputado en la causa se oponía a la medida (62) .

También se resolvió que la realización de un estudio médico inmunogenético de histocompatibilidad de los imputados y su presunta hija menor de edad, para determinar si ella era efectivamente hija de aquéllos, es válida porque se está investigando la comisión de un presunto delito que los imputados habrían perpetrado en perjuicio de la menor, probable víctima del hecho investigado (63) . Pero si la hija es mayor de edad y se niega a someterse al examen, no puede ser compelida a ello (64) .

La doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Vázquez Ferrá", citado en el párrafo anterior, fue objeto de ciertas variaciones resultantes de las sentencias emitidas por el Alto Tribunal en los casos "Gualtieri" (65) .

En el marco de un caso donde se investigaba, entre otros hechos delictivos, la sustracción de un menor de edad y la alteración de su identidad que, al considerar sus connotaciones y el momento de la producción de aquéllos, fueron calificados como delitos de lesa humanidad, no se llegó a ejecutar la sentencia que impuso la extracción de una muestra de sangre de un menor que habría sido víctima de tales delitos. Al acceder a la mayoría de edad, el interesado se opuso a esa extracción. Su reclamo fue rechazado y la causa fue recurrida por ante la Corte Suprema.

Los jueces Ricardo Lorenzetti y Raúl Zaffaroni propiciaron revocar la sentencia recurrida por estimar que la garantía que asistía al accionante, ya mayor de edad, era la autonomía en la esfera de la individualidad personal protegida por el art. 19 de la Constitución. Consideraron que, en principio, no correspondía acudir a la coerción física sobre el cuerpo de la presunta víctima si existía la posibilidad de obtener muestras de su ADN de manera no invasiva. Asimismo, de realizarse la prueba, ella solamente podría ser objeto de disposición para satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, mientras que quedaba vedada bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro efecto o eficacia jurídica. Añadieron que la presunta víctima podía prestar su consentimiento condicionado a dicha prohibición. De modo que la prueba que se obtuviera solamente podía ser utilizada para satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica. Pero que, como en la causa no se había agotado la posibilidad de obtener el material genético por medios menos lesivos que la intervención física sobre la presunta víctima, correspondía revocar la sentencia.

Los jueces Carlos Fayt y Enrique Petracchi adoptaron igual postura con remisión a los votos que habían emitido en el caso "Vázquez Ferrá".

En disidencia votaron los jueces Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, que consideraron que el deber del Estado de investigar los delitos de lesa humanidad suponían un interés superior proveniente de la necesidad de defender a la sociedad frente a ellos y que ese deber estaba impuesto por las normas jurídicas internacionales. Agregaron que la extracción compulsiva de unos pocos centímetros cúbicos de sangre en modo alguno podía ocasionar un daño a los derechos fundamentales de la presunta víctima, tales como la vida, la salud o la integridad corporal.

Debido a las trabas impuestas para la extracción de sangre, cuando el primer caso tramitaba ante la Corte Suprema, en instancias inferiores se ordenó el allanamiento del domicilio de la presunta víctima para obtener elementos físicos de ella en los cuales pudieran encontrarse muestras de su ADN. La presunta víctima cuestionó la medida porque se accedía a su material biológico contra su voluntad que, además de pertenecerle en forma exclusiva, podía constituir un elemento de prueba contra sus padres.

El recurso fue rechazado por la Corte Suprema. Los jueces Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco sostuvieron que era un deber del Estado investigar y castigar los delitos de lesa humanidad por así haberlo resuelto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que, de no hacerlo, resultaba aplicable la jurisdicción universal que autoriza a cualquier Estado a perseguir y sancionar los hechos investigados.

El juez Enrique Petracchi también votó por el rechazo del recurso, al entender que el menoscabo que puede provocar la invasión compulsiva en el cuerpo de una persona para obtener muestras de ADN no puede ser asimilada a la simple recolección de rastros a partir de desprendimientos corporales obtenidos sin coerción alguna.

Para los jueces Ricardo Lorenzetti y Raúl Zaffaroni los derechos de ambas partes eran legítimos y debían ser conciliados. El derecho a la autonomía personal del presunto secuestrado revestía jerarquía similar al derecho a la verdad que invocaba su presunta familia genética. Sería suficiente que la familia biológica fuera informada de la identidad, y en caso de que la prueba fuera indicadora del vínculo genético cesaría el delito de supresión. Pero, para resolver el caso de esa manera, la prueba debía disponerse al solo efecto de satisfacer el derecho a la verdad bajo pena de nulidad de cualquier otra pretensión o efecto jurídico.

La ley 23.511, sancionada el 13/5/1987, creó el Banco Nacional de Datos Genéticos. En su art. 5º establece que todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio tiene derecho a solicitar y obtener sus servicios para determinar la filiación de los menores que sean localizados. El Banco conserva muestras de sangre extraídas a los familiares de tales niños con el fin de permitir la realización de los estudios necesarios que permitan determinar su identidad.

Sus disposiciones fueron complementadas con las expuestas en la ley 26.548, sancionada el 18/11/2009.

En materia civil, el art. 4º de la ley 23.511 dispone que la negativa de la persona requerida para someterse al examen correspondiente constituye una presunción en contra de los derechos por ella invocados. Es una solución similar a la receptada, con mucha anterioridad, por la doctrina jurisprudencial en los casos de filiación.

Consideramos que, sin la conformidad del imputado en una causa penal, tampoco es viable introducir en su cuerpo elementos extraños para verificar su participación en un hecho delictivo o someterlo a pruebas técnicas para determinar la veracidad de sus expresiones.

Algunos autores consideran que el derecho a conocer la verdad puede, bajo ciertas condiciones, imponerse al derecho a la intangibilidad física y al de no incurrir en autoincriminación. Plantean los casos de sustracción de menores y alteración de su estado civil, donde los presuntos ascendientes de aquéllos tienen el derecho a conocer la verdad sobre la filiación de los menores y si tienen o no una relación de parentesco natural con ellos. Esas condiciones serán la idoneidad efectiva de la medida para disipar los interrogantes; su carácter necesario o ineludible para acceder al conocimiento; y una relación de proporcionalidad que se traduce en la producción de mayores beneficios que desventajas para el interés general, los intereses del Estado y los intereses individuales involucrados. Determinar si se cumplen tales condiciones en un caso concreto es función propia del juez interviniente.

La propuesta parece razonable y responde a una concepción cuya legitimidad se acepta.

Pero no compartimos esa solución. La intangibilidad física de las personas es absoluta y nadie puede ser obligado a someterse a experimentos médicos contra su voluntad. Pero, si así no fuera, la solución sería inviable si puede desembocar en una hipótesis de autoincriminación producida contra la voluntad del titular de aquella intangibilidad física. Se podrá alegar que la extracción compulsiva de sangre produce una lesión ínfima en el sujeto que no guarda relación con la necesidad de satisfacer el derecho a la verdad. Pero, con ese razonamiento, y siempre en salvaguarda del derecho a la verdad, se pueden legalizar otros mecanismos y procedimientos que no se compadecerían con la dignidad humana. ¿Acaso las torturas y los tormentos no fueron y son aplicados para alcanzar la verdad? La intangibilidad física podría ceder, en ciertos casos, ante la imperiosa necesidad de tutelar la salud física o psíquica de su titular, pero no ante el legítimo deseo de colmar el derecho a la verdad contra la voluntad del titular de aquélla. Asimismo, la prohibición impuesta a la autoincriminación compulsiva no puede ser cercenada para satisfacer el derecho a la verdad del Estado o de un tercero.

La extracción compulsiva de sangre y la apropiación de ciertos objetos corporales de las personas en materia penal debe guardar estrecha relación y respeto con las garantías emanadas de los arts. 18 y 19 de la Ley Fundamental.

Estas conclusiones nos impulsan a cuestionar la validez constitucional de la ley 26.549, sancionada el 18/11/2009, que incorporó el art. 218 bis al Código Procesal

Penal de la Nación. Dispone que el juez puede ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otras personas, cuando resulte necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias importantes para la investigación. Para tal fin, se admiten mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas del modo menos lesivo para la persona. El juez también puede ordenar la obtención de ADN mediante el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, a cuyo fin podrá ordenar el registro domiciliario y la requisita personal. Cuando en un delito de acción pública se deba obtener el ADN de la presunta víctima y ella se oponga a la extracción de sangre, saliva u otras muestras biológicas, el juez ordenará que el ADN se obtenga de células ya desprendidas del cuerpo de la víctima.

En los supuestos previstos por el art. 218 bis son aplicables los arts. 242 y 243 del Código Procesal Penal. El primero, exime de la obligación de testificar en contra del imputado a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos. El segundo hace lo propio con los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere el denunciante, querellante o actor civil, o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

### 382. Prueba obtenida ilegalmente

Tanto en materia civil como penal, las pruebas obtenidas ilegalmente son nulas y, si la sentencia se basa solamente sobre ellas, aquella nulidad alcanzará a esta última. No así cuando el fallo se basa en otros elementos probatorios válidos y suficientes para acreditar los hechos debatidos.

En tal sentido, carece de validez el secuestro practicado como consecuencia de un allanamiento realizado sin orden judicial previa. Tampoco son admisibles las declaraciones obtenidas mediante apremios ilegales sobre el imputado o terceros. Otro tanto respecto de los elementos obtenidos mediante violación de la correspondencia epistolar o electrónica de una persona sin previa orden judicial, o a través de las interferencias de sus comunicaciones telefónicas o verbales en virtud de introducir elementos electrónicos en el domicilio del imputado o fuera de él, sin la previa orden judicial.

En el ámbito de esta garantía se aplica la teoría del fruto del árbol venenoso.

La orden judicial previa no siempre es presupuesto de invalidez de la prueba obtenida sin ella. Así, para evitar la comisión de un delito o para auxiliar a una persona ante un peligro inminente, un particular o las fuerzas de seguridad pueden ingresar a un domicilio sin previa autorización judicial. Si, bajo tales condiciones, se encuentran elementos relacionados con un delito, su secuestro no será ilegal. Otro tanto si se revisa un automóvil o un buque objeto de un siniestro y se encuentra en su interior material delictivo o vinculado con un delito.

Tampoco es ilegal el secuestro de elementos en el domicilio de una persona cuando se accedió él con su conformidad o con la de la persona debidamente autorizada

para ello. Igual solución resulta de los datos registrados mediante una cámara oculta en un lugar público o en un domicilio particular aunque, en este último caso, será necesaria la conformidad de su titular para el ingreso al domicilio, pero no respecto de la cámara oculta. Si se revisa a una persona inconsciente para socorrerla y determinar su identidad, y se encuentran estupefacientes o armas de portación prohibida, el procedimiento será válido.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que si en el proceso existe sólo un cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia determina la nulidad de todas las pruebas obtenidas como consecuencia de él (66) . Que la detención de una persona, al margen de la hipótesis del delito flagrante, o cuya situación no generaba indicios precisos o semiplena prueba de culpabilidad, no es válida al no estar precedida por orden judicial. Por ende, el allanamiento y secuestro dispuesto con orden judicial sobre la base de las declaraciones expuestas por el detenido ante la autoridad policial carecen de validez y no permiten incriminar al detenido o a terceros (67) .

Sin embargo, si la autoridad policial dispone la detención de un automotor por entender, con fundamento razonable, que transportaba a individuos en actitud sospechosa, y tras la requisa se constató que en el interior del vehículo había estupefacientes y armas, la prueba obtenida es válida cuando es consecuencia de la actuación preventiva de la autoridad policial (68) . La Corte consideró que correspondía distinguir la inspección de una casa o un negocio, respecto de los cuales la orden judicial puede ser obtenida rápidamente, de la requisa de un automóvil, a cuyo respecto no es factible obtenerla con la celeridad suficiente debido a que el vehículo puede ser sacado prontamente de la jurisdicción en que la orden debe ser obtenida. En estos casos, la requisa es válida si la actuación policial es razonable y existen elementos suficientes que permitan presumir que el transporte detenido lleva mercadería proveniente de un hecho ilícito.

Es ilícita la prueba documental obtenida mediante el acceso al correo electrónico de una persona sin su conformidad y sin mediar orden judicial previa, pues se vulneran las prescripciones de los arts. 18 y 19 de la Ley Fundamental (69) . No son admisibles como pruebas los e-mails obtenidos mediante el acceso a una cuenta electrónica sin orden judicial y sin la conformidad de su titular. La inadmisibilidad obedece a que la obtención se concretó mediante la lesión del derecho a la privacidad, al margen de que el hecho se considere tipificado como delito de violación de correspondencia.

Son válidas las escuchas telefónicas incriminatorias efectuadas en una investigación por otros delitos, si los funcionarios policiales advirtieron que el contenido de las conversaciones podía ser útil para esclarecer los hechos que son objeto procesal de otra causa. Las comunicaciones telefónicas que pueden ser interceptadas, previa autorización del juez, son las del imputado. Pero si de las escuchas resultan datos, aportados por el imputado, su interlocutor o un tercero, conducentes para esclarecer otro delito, ellos son válidos como prueba de cargo.

La intervención de comunicaciones telefónicas sólo puede ser dispuesta por un magistrado judicial. Consideramos que las normas procesales que confieren similar potestad a los integrantes del Ministerio Público Fiscal carecen de validez constitucional aunque se exija que la resolución sea fundada e inmediatamente puesta en conocimiento del juez, quien deberá convalidarla inmediatamente bajo pena de nulidad. Ello obedece a que las restricciones a los derechos individuales, particularmente a los derechos personalísimos, sólo pueden emanar de un juez.

También son válidas las pruebas resultantes de la acción desplegada por un agente encubierto. Se presenta una situación compleja cuando el agente encubierto induce a una persona a la comisión de un delito. En este caso entendemos que la prueba aportada por el agente encubierto no puede ser declarada inválida. Pero al margen de la condena que se imponga al autor del delito, que podrá ser sensiblemente atenuada, la culpabilidad también deberá recaer sobre el agente encubierto. De no ser así, podríamos arribar a soluciones absurdas. Si el agente encubierto induce a una persona, que no tenía intención alguna de hacerlo, a comercializar estupefacientes o a perpetrar un homicidio, sería irrazonable eximirlo de responsabilidad por tal hecho.

La Corte Suprema entendió que violaba el derecho de defensa del acusado la condena basada en declaraciones testimoniales obtenidas antes de su detención y que, tras haber sido incorporadas al proceso penal, no fue posible que los testigos comparecieran al debate. Con ello, el acusado fue privado de toda posibilidad en el control de esa prueba decisiva (70).

### 383. Detención preventiva

El art. 18 de la Constitución establece que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente.

Consideramos que son autoridades competentes:

- 1) El juez con motivo del ejercicio de su función jurisdiccional.
- 2) Las fuerzas de seguridad en casos de flagrantes delitos, o por razones de seguridad pública, o en los casos que autorice la ley. Pero, siempre, el detenido deberá ser puesto inmediatamente a disposición del juez competente.
- 3) Las autoridades que establezca la ley, pero con igual cargo al citado en el punto anterior.
- 4) El presidente de la República durante la vigencia del estado de sitio (art. 23 Constitución Nacional).

La ley permite que la persona procesada en una causa penal sea detenida preventivamente por orden judicial y hasta que, a su respecto, concluya el proceso. También, dentro de los límites que establezca la ley, puede un juez negar los beneficios de la excarcelación a la persona detenida.

El art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad.

Sobre tal base fue sancionada la ley 24.390, modificada por la ley 25.430, que regula la prisión preventiva. Establece que la prisión preventiva no puede ser superior a dos años y que puede prorrogarse por un año previa resolución fundada del juez, basada en la cantidad de delitos atribuidos al procesado o en la complejidad de la causa. Tales plazos no se computan cuando ellos se cumplen después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque no se encuentre firme.

Sin embargo, el art. 3º de la ley, con motivo de la reforma realizada mediante la ley 25.430, dispone que el Ministerio Público podrá oponerse a que el imputado sea puesto en libertad, una vez transcurridos los plazos citados, por la especial gravedad del delito, cuando existan articulaciones manifiestamente dilatorias en el ejercicio del derecho de defensa, o cuando estime por las circunstancias del caso existe el riesgo de que el imputado no se presente ante el juez al ser requerido. Asimismo, el art. 8º de la ley 25.430, que sustituyó al art. 11 de ley 24.390, excluye de la aplicación de sus principios a los imputados por los delitos de producción, comercialización e ingreso al país de estupefacientes conforme a la tipificación resultante de la ley 23.737.

Al declarar la constitucionalidad del art. 1º de la ley 24.390 (71), la Corte Suprema de Justicia expresó que el plazo de detención de una persona sin juzgamiento debe ser razonable y que esa razonabilidad debía determinarse al considerar las circunstancias particulares de cada caso. De manera que el plazo fijado por la ley 24.390 y las prórrogas que preveía no podían ser considerados irrazonables en abstracto.

Consideramos que la privación de la libertad ambulatoria de una persona constituye una de las restricciones más amplias a sus derechos. Con mayor razón cuando se trata de un procesado que, como tal, disfruta del beneficio que le otorga la presunción de inocencia.

La razonabilidad de la prisión preventiva es indiscutible. Se trata de una limitación transitoria a la libertad física ambulatoria que, como todas las libertades constitucionales, no es absoluta. Pero sí son cuestionables los motivos objetivos que se fijan para su regulación.

En resguardo del principio de presunción de inocencia, la prisión preventiva con privación efectiva de la libertad ambulatoria solamente es razonable en dos casos: Cuando la persona es mantenida en prisión porque la gravedad de los hechos delictivos que se le imputan o por sus antecedentes permitan al juez presumir razonablemente que su libertad pondrá en peligro la seguridad pública, o que no comparecerá ante el tribunal cuando su presencia sea requerida.

Solamente esas dos hipótesis, con prescindencia de la gravedad del hecho delictivo imputado, justifican la denegación de la excarcelación o la exención de prisión. Pero las circunstancias fácticas en cada caso deberán ser valoradas libremente por

el juez. La ley podrá sugerir ciertas soluciones o fijar parámetros tentativos que no son vinculantes para el juez. Declarar legislativamente que es inviable la excarcelación respecto de ciertos hechos delictivos importa establecer una presunción legal de culpabilidad que no se compadece con el respeto que merece la libertad ambulatoria de una persona que, hasta tanto no se pronuncie en su contra una sentencia condenatoria definitiva, debe ser considerada como inocente.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala 1ª, sostuvo que la interpretación de las normas regulatorias de la excarcelación no podía desembocar en presunciones iuris et de iure que impidieran la concesión de ese beneficio. Similar temperamento fue adoptado por la sala 5ª de ese tribunal en el caso "Chabán" (72).

En el caso "Díaz Bessone" (73), en fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió que, para denegar la excarcelación, no es suficiente que la eventual futura condena penal impida su ejecución condicional, o que pueda corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho años, pues tales elementos se deben valorar juntamente con los establecidos por el art. 319 del Código Procesal Penal para determinar si existe un riesgo procesal. En esa oportunidad, el juez Eduardo Righi expresó que "la libertad del imputado sólo cabe restringirla a modo de cautela y para asegurar la aplicación de la ley punitiva. Ello quiere significar que deben ser interpretadas restrictivamente las normas que autoricen el encarcelamiento, que son, en consecuencia, de neto carácter excepcional".

En el caso "Acosta" (74), la sala 2ª de la Cámara Nacional de Casación Penal dispuso que correspondía revocar la sentencia que confirmó la prórroga de la prisión preventiva dispuesta, debido a que los imputados estaban investigados por la comisión de delitos de lesa humanidad. Consideró que la extensión de la prisión preventiva por más de siete años despoja de proporcionalidad a una medida cautelar como es la detención, y que los obstáculos previstos en el art. 3º de la ley 25.430 sólo podían ser invocados para justificar una primera prórroga de la prisión preventiva.

La interpretación restrictiva de las normas que avalan el mantenimiento de la prisión preventiva ha sido objeto de severas críticas emanadas de ciertos grupos políticos, que no han tenido reparos en presionar al Poder Judicial y hasta propiciar la remoción de sus magistrados, por el solo hecho de que sus sentencias no se conciliaban con los fines de los circunstanciales detentadores del poder.

Pero, en todos los casos, la detención no puede superar los dos o tres años sin mediar una sentencia condenatoria. Se trata del plazo razonable y máximo impuesto por la ley.

En efecto, vencidos los plazos, corresponde disponer la libertad, sin perjuicio de la prosecución de la causa. Y si el juez estima que el imputado no se presentará en caso de ser citado en las actuaciones judiciales, no puede negar la libertad sino dar estricto cumplimiento al art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos: instrumentar las garantías suficientes que, razonablemente, sean idóneas para descartar esa hipótesis.

#### 384. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es una garantía constitucional que impide atribuir responsabilidad jurídica, y como consecuencia restringir los derechos de una persona, si no se acredita debidamente y conforme a la ley su participación objetiva y subjetiva en la producción de un hecho ilícito .

Esta garantía, propia de la esencia de un sistema político personalista, surge de una interpretación sistemática de la Constitución federal y, particularmente, de sus arts. 18 y 19.

Su contenido, en forma explícita, resulta de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución.

Se trata de una garantía elemental, forjada por el movimiento constitucionalista, cuyo objetivo reside en preservar la libertad y dignidad de las personas otorgando seguridad a la convivencia social.

Algunos de los principios que conforman esta garantía son los siguientes:

- 1) Es inaceptable la responsabilidad objetiva en materia penal y, como regla general, en materia civil.
- 2) No es suficiente con acreditar la responsabilidad subjetiva, cuando no existe una relación de causalidad directa entre la conducta y la producción del hecho ilícito.
- 3) No cabe atribuir responsabilidad penal a una persona por los actos dolosos o culposos de sus familiares o terceros.
- 4) Se descarta la responsabilidad jurídica sin la prueba fehaciente y directa del dolo o culpa del autor.
- 5) No se admiten las simples presunciones para fundar la responsabilidad jurídica.
- 6) La presunción de inocencia sólo cede en un debido proceso legal donde se prueba la autoría del hecho y la culpa o dolo del autor.
- 7) En caso de duda se impone preservar el principio de presunción de inocencia. Regla que, en el derecho penal, equivale al precepto "in dubio pro reo ".

Rige plenamente en materia penal, aunque también tiene presencia en materia fiscal, disciplinaria y contravencional. Bajo ciertas condiciones, en algunas materias las leyes permiten presumir la culpabilidad, a menos que el imputado pruebe su inocencia.

Entendemos que son inconstitucionales las presunciones legales de culpabilidad que no admitan la prueba en contrario. Pero, en materia penal, las consideramos manifiestamente inadmisibles.

La Corte Suprema de Justicia entendió que se violaba el principio de presunción de inocencia si, para determinar el monto de la pena que correspondía aplicar al condenado, el tribunal tiene en cuenta y formula consideraciones respecto de otros delitos por los cuales está procesado en causas penales en trámite (75) .

Sin embargo, el Alto Tribunal también tiene resuelto que si una ley permite presumir que la tenencia de ciertos objetos, a falta de una explicación satisfactoria, constituye un hecho ilícito, la duda sobre el dolo del autor del hecho se vuelve sobre el inculpaado y no en su favor (76) . En este caso, no solamente se deja de aplicar la garantía de la presunción de inocencia, sino también se desconoce el principio "in dubio pro reo" .

La Corte Suprema también admitió la validez constitucional del art. 95 del Código Penal. Dispone que, si en una riña o agresión toman parte más de dos personas y se produce la muerte de una persona sin que se pueda determinar quién la causó, se tendrán como autores del delito a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima y se les aplicará una pena privativa de libertad de dos a seis años. Si la violencia no acarrea la muerte sino lesiones graves, la pena es de uno a cuatro años. Basta con acreditar la ejecución individual de un acto de violencia sin necesidad de verificar su aptitud para provocar el resultado previsto por la ley. En el caso "Antiñir" (77) , por el voto de la mayoría, la Corte Suprema resolvió que el art. 95 del Código Penal no violaba la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo " . Entendió que la figura penal contemplaba un delito preterintencional en el cual la conducta realizada y acreditada constituía un riesgo previsible de producir el resultado.

La proyección y ampliación de tan peligroso criterio trae aparejado el riesgo de desarticular la presunción de inocencia en materia penal y de propiciar la vigencia de un derecho penal autocrático. El próximo paso sería el de presumir siempre la culpabilidad del imputado cuando medie un requerimiento fiscal fundado debidamente, o cuando esa presunción emane de la sociedad que, por su desinformación o los preconceptos que alberga, siempre está más dispuesta a condenar al imputado que a pronunciarse por su inocencia.

En materia penal, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que se vulnera la presunción de inocencia cuando un proceso se extiende por un lapso irrazonable sin que se dicte una sentencia definitiva. Al margen del desconocimiento de la garantía, la Corte destacó que las personas sometidas a un proceso en el cual estuvieron detenidas por distintos lapsos, vieron restringidas sus libertades con las condiciones impuestas por la excarcelación. Semejante situación, durante un término de prolongación insólita y desmesurada, es equiparable a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme (78).

#### 385. Sentencia conforme a derecho

Toda persona involucrada como parte en un proceso judicial tiene derecho a que se dicte una sentencia definitiva.

Una sentencia que, en tiempo oportuno, resuelva todas las cuestiones controvertidas planteadas en el juicio y ajustándose a la ley.

Si la sentencia no se dicta en tiempo oportuno, si hay una dilación injustificada del proceso, no habrá seguridad jurídica y nos enfrentaremos a un caso de denegación de justicia o actividad jurisdiccional que puede traer aparejada la responsabilidad del juez interviniente, sin perjuicio de los remedios que instrumente el tribunal de la alzada a petición de parte.

La sentencia debe cumplir con todos los recaudos formales y sustanciales establecidos por la ley y que condicionan su validez. El debido análisis de los hechos debatidos, la valoración razonable de todas las pruebas producidas y la determinación de las normas jurídicas aplicables para concluir el proceso. El cumplimiento de esas condiciones priva a la sentencia de arbitrariedad.

En el caso "Baldini" (79) , la Corte Suprema de Justicia descalificó el pronunciamiento dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, no sólo por haber sido emitido por un tribunal manifiestamente incompetente, sino también por la irregularidad que resultaba de su texto. La sentencia comenzaba con la enunciación del voto del primer juez y, a continuación, del segundo juez que difería parcialmente del anterior. Luego, el tercer juez se adhirió a la postura del primer magistrado. Sin embargo, la sentencia sólo estaba firmada por los dos últimos jueces, al tiempo que se dejaba constancia de que el primero no lo hacía por estar en uso de licencia.

Por aplicación del principio de congruencia, el juez no puede apartarse de los términos en que quedó trabada la litis, salvo si median razones de orden público. Así, en la alzada, el tribunal sólo puede modificar la sentencia de primera instancia en función de los agravios expuestos por las partes. Si solamente una de ellas se agravia de la sentencia, el pronunciamiento del superior no podrá mejorar la situación jurídica de la contraparte por haber consentido aquélla.

Pero estas limitaciones no le impiden al juez apartarse del derecho invocado por las partes si lo considera erróneo o inaplicable al caso, o si estima que su pronunciamiento se ajustará más a la verdad objetiva mediante la aplicación de normas jurídicas distintas a las invocadas por los peticionarios.

### 386. Sanciones aplicables en materia penal

En materia penal, los jueces en sus sentencias condenatorias solamente pueden aplicar las penas impuestas por la ley para el delito correspondiente. La aplicación de penas por vía analógica o el apartamiento de los topes fijados por la ley determinan la nulidad de la pena, aunque no necesariamente de la sentencia condenatoria.

El legislador tiene una amplia potestad para establecer las penas, pero no podrá incluir aquellas que están prohibidas por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en su art. 75, inc. 22.

Tales penas, cuya eventual implementación legislativa debe ser declarada inconstitucional por los jueces, son:

1) Toda especie de tormentos y los azotes prohibidos por el art. 18 de la Constitución. La prohibición rige también para los procesados y las personas condenadas durante el cumplimiento de la pena.

Son válidas las penas privativas de libertad, aunque se impongan con carácter perpetuo, las multas, las que se traduzcan en obligaciones de hacer siempre que no sean degradantes o configuren una esclavitud encubierta, la inhabilitación para ejercer cargos públicos y las que priven al condenado de ciertos derechos civiles que no sean personalísimos. En cambio, no serían válidas las penas que prohíban a una persona contraer matrimonio, tener hijos o mantener una razonable comunicación con sus familiares o terceros.

En el caso "Viola" (80) , la Cámara Nacional de Casación Penal, sala 3ª, destacó que la pena de prisión perpetua no puede ser calificada de inconstitucional debido a que carece de aptitud para ser calificada como tortura, trato cruel, inhumano o degradante por tratarse de una sanción legal y legítima. Toda sanción penal acarrea dolores o sufrimientos al condenado que están excluidos, debido a su legalidad, de las previsiones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Por otra parte, la legislación penal no prevé la perpetuidad de la pena porque, el condenado a reclusión o prisión perpetua puede, una vez transcurridos 35 años de condena, obtener la libertad condicional (art. 13 del Código Penal). Además, el art. 17 de la ley 24.660 permite conceder salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad al condenado a una pena perpetua privativa de libertad cuando cumple 15 años de condena.

2) La pena de muerte por causas políticas está prohibida por el art. 18 de la Constitución.

A ella se añade la prohibición de aplicar la pena de muerte por cualquier otra causa.

El art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus incs. 2º a 6º, establece que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

Como la pena de muerte no estaba vigente cuando se incorporó el art. 75, inc. 22, de la Constitución federal, ella no puede ser establecida por el legislador hasta que no se opere la denuncia de aquella convención.

3) El art. 17 de la Constitución establece que nunca se podrá imponer la confiscación de bienes como sanción penal, cláusula que es extensible a las sanciones de cualquier otra naturaleza, debido al carácter inviolable del derecho de propiedad privada que impone esa norma.

No hay confiscación de bienes cuando se aplica la sanción de multa consistente en el pago de una cantidad de dinero y siempre que ella sea razonable. Tampoco si una persona es privada de bienes que obtuvo ilícitamente.

4) El art. 119 de la Constitución dispone que la pena que se determine para quien incurra en el delito de traición a la patria no pasará de la persona del delincuente y no se transmitirá a sus parientes de cualquier grado.

Esta cláusula es aplicable a cualquier tipo de delito como consecuencia del principio de la personalidad de la pena.

5) El art. 7º, inc. 7º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al disponer que nadie será detenido por deudas, prohíbe la tipificación como delito penal del hecho de no cumplir una persona con las deudas que tenga con el Estado o particulares.

La reserva formulada por el Estado Argentino a esta cláusula que prohíbe la detención por deudas no significa vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se impone por el incumplimiento mismo de la deuda, sino por un hecho penal anterior e independiente.

6) Las penas deben ser razonables para la tutela de los bienes jurídicos que se vulneran mediante la comisión de un delito. Se trata de un requerimiento proveniente de una interpretación finalista y sistemática de la Ley Fundamental.

### 387. Derecho a la segunda instancia

El derecho a la segunda instancia, que no tiene raíz constitucional, es la potestad conferida a las partes para solicitar que un tribunal superior revise la sentencia emitida en una instancia inferior.

Si bien se trata de una garantía que, al menos teóricamente, permite suponer que la sentencia que resuelva el caso de manera definitiva tendrá mayor solidez y respaldo jurídico, su reconocimiento no está impuesto por la Constitución sino por la ley.

En materia civil no existen reparos para establecer la instancia única. Su validez constitucional no es cuestionable, salvo que incluya la prohibición de recurrir de una sentencia por vía del recurso extraordinario. Pero, el derecho a la segunda instancia presupone la existencia de dos instancias ordinarias. Así, el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial, tanto en su versión originaria como en la impuesta por la ley 26.551, prevé la inapelabilidad ordinaria de las sentencias dictadas en los procesos cuyos montos no superen determinado valor.

Distinta es la situación en materia penal. El art. 8º, inc. 2º, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

Al resolver el caso "Jáuregui" (81) en 1988, la Corte Suprema consideró, respecto de los hechos delictivos juzgados en instancia única, que el requisito de la doble instancia impuesto por aquellos documentos internacionales quedaba satisfecho con la posibilidad de plantear un recurso extraordinario ante el Alto Tribunal.

En septiembre de 1991 fue sancionada la ley 23.984 que dispuso la aplicación del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Establece que el juzgamiento de los delitos se hará de manera pública y oral ante tribunales colegiados. Si bien contempla una segunda instancia ante la Cámara de Casación, dispone que el recurso solamente se puede plantear si la sentencia definitiva incurre en inobservancia o errónea aplicación del derecho sustantivo, en la inobservancia de normas procesales que acarreen la nulidad de las actuaciones, o si la sentencia impone penas superiores a las mínimas previstas en la ley procesal para la viabilidad del recurso.

Después de la reforma constitucional de 1994, y habiendo sido cuestionadas las disposiciones del Código Procesal Penal que vedaban el recurso ante la Cámara de Casación si la pena no superaba ciertos límites, la Corte Suprema declaró la invalidez de ellas en el caso "Girolodi" (82) de 1995. Consideró que la existencia de la Cámara de Casación y la inserción en el texto constitucional de los tratados internacionales que imponían la doble instancia en materia penal determinaban la necesidad de dar cumplimiento a ellos por encima de toda cláusula restrictiva contenida en la legislación procesal local.

En el caso "Casal" (83), la Corte Suprema precisó el rol de la Cámara de Casación Penal para dar cumplimiento a la garantía de la doble instancia. Tras aceptar que el recurso de casación no es un recurso limitado, expresó que esa garantía exige "la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelarían el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige una limitación real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso".

En 1997, en el caso "Arce" (84), la Corte entendió que la garantía de la doble instancia, resultante de los tratados internacionales, no era aplicable al Ministerio Público. Sostuvo que las garantías emanadas de tales tratados tenían por objeto proteger los derechos humanos de las personas y no los intereses del Estado contratante. De modo que si el Estado, en su legislación interna, resolvió limitar el ius perseguendi, el Ministerio Público no podía cuestionar en la alzada la validez del Código Procesal Penal y requerir la aplicación de penas superiores a las impuestas en la instancia inferior o que se deje sin efecto la absolución ordenada.

Esta doctrina fue reiterada en el caso "Gorriarán Merlo" (85) de 1999, regido por la ley 23.077. La Corte consideró que, en tanto había sido creada la Cámara de Casación Penal, correspondía acceder al recurso de apelación interpuesto por los condenados y rechazar el recurso planteado por el Ministerio Público por ser éste un órgano del Estado que no estaba sujeto al beneficio de la doble instancia concedido a los condenados. Añadió que como la garantía de la doble instancia no tiene jerarquía constitucional, el Estado podía prever la concesión de ella al Ministerio Público mediante la simple reforma de la ley.

En el caso "Felicetti" (86) de 2000, la Corte sostuvo que la Procuración del Tesoro de la Nación, que había interpuesto un recurso extraordinario en virtud de seguir las instrucciones del Poder Ejecutivo, no era parte en el proceso. Que el interés respecto a la sentencia recurrida se concentraba solamente en los condenados y sus representantes, y en el Ministerio Público.

También destacó que, cuando se trata de causas penales que son de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema por imperio del art. 117 de la Constitución federal, no era viable la aplicación de la doble instancia por no existir, en nuestro ordenamiento jurídico, tribunal superior a ella.

#### 388. Indemnización por error judicial

Consideramos, en principio, que si una persona es privada de su libertad ambulatoria porque se entiende que está involucrada en la comisión de un hecho delictivo, y posteriormente se dicta a su respecto un sobreseimiento definitivo, una sentencia absolutoria o, por revisión, se deja sin efecto una sentencia condenatoria firme, ella tendrá derecho a reclamar del Estado el pago de una indemnización por el daño material y moral que acredite haber sufrido.

El art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Para el supuesto del recurso de revisión, el art. 488 del Código Procesal Penal dispone que la sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá pronunciarse, a pedido de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena, los que serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo se puede acordar al condenado o, por su muerte, a sus herederos forzosos. Consideramos que el hecho de no haber solicitado el resarcimiento en sede penal no es óbice para que se realice en sede civil.

Las normas citadas reconocen el derecho resarcitorio, pero solamente para aquellas personas que fueron condenadas por sentencia firme que posteriormente se deja sin efecto en virtud de un error judicial. Pero, la reparación del perjuicio es improcedente si el error judicial fue consecuencia de una conducta culpable o dolosa del condenado.

La Corte Suprema de Justicia, al revocar la sentencia apelada que había decretado la prescripción de la acción resarcitoria promovida contra el Estado por una persona condenada por sentencia firme que, posteriormente, consiguió que ella fuera dejada sin efecto en sede judicial, sostuvo que "en principio cabe señalar que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto" (87).

Compartiendo la opinión de Bidart Campos entendemos que, bajo ciertas condiciones, el derecho resarcitorio también debe ser reconocido a la persona sobreseída o absuelta que estuvo privada de su libertad ambulatoria.

La detención de una persona durante un lapso relativamente prolongado, su sometimiento bajo tales condiciones a un proceso penal y la difusión pública del hecho muy probablemente produzcan un daño que no debía padecer, tanto material como moral.

¿Es razonable negar la indemnización de tal daño? Consideramos que no, siempre que se acredite fehacientemente la producción de un daño grave y que, por su conducta, el damnificado no le hubiera otorgado, a su vez, razonabilidad a la orden de detención o que la decisión judicial fue adoptada con dolo o manifiesta negligencia.

En definitiva, desconocer el principio de presunción de inocencia, con privación de su libertad ambulatoria a una persona, no puede ser calificado como una carga pública cuando, conforme a las constancias fácticas, la decisión judicial estuvo desprovista de razonabilidad.

Para los casos en que la privación de la libertad no responda a una sentencia condenatoria firme, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que los daños que puedan resultar del procedimiento judicial empleado para resolver la contienda, si no son producto del servicio ejercido en forma irregular, son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (88).

Durante la detención una persona puede sufrir daños provocados por las personas encargadas de su custodia o por los reclusos con los cuales comparte la detención. Los daños provocados por las personas encargadas de la custodia, cuando media dolo o culpa, deben ser resarcidos solidariamente por ellas y el Estado. Otro tanto cuando los daños son producidos por otros reclusos. El Estado sólo estará exento de responsabilidad si media un caso fortuito o de fuerza mayor.

#### 389. Tribunales administrativos

Sin perjuicio de los reparos constitucionales que nos merece el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos dependientes del Poder Ejecutivo, ella ha sido reiteradamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia.

Como bien destaca Roberto Luqui, la función jurisdiccional es un género que abarca la función judicial. Esta última sólo puede ser ejercida por el Poder Judicial y jamás por el órgano ejecutivo del gobierno conforme al art. 109 de la Constitución y como consecuencia de la distribución o división de las funciones gubernamentales en orden al ejercicio del poder estatal.

La aceptación y validez del funcionamiento de los tribunales administrativos están sujetas a diversas condiciones.

En el curso del proceso administrativo, se deben cumplir todas las reglas del debido proceso legal y reconocer todas las garantías exigibles en un proceso



judicial. Los jueces administrativos no pueden realizar ciertos actos que sí pueden ser ordenados por los jueces del Poder Judicial. Así, no pueden arrestar personas, disponer allanamientos, secuestrar documentación y papeles privados, sin previa orden de un magistrado judicial competente. Asimismo, el rigor formal exigible para ciertos actos que se producen en sede judicial debe ser atenuado en las presentaciones administrativas.

La validez de la jurisdicción administrativa se debe limitar a los conflictos suscitados entre el órgano administrador y los particulares, sin que se pueda proyectar sobre los que se suscitan entre particulares o por cuestiones reguladas por el derecho civil o comercial (89).

Toda resolución que adopten los tribunales administrativos debe ser susceptible de una plena revisión en sede judicial en virtud de otorgar, a los particulares, un plazo razonable para tal fin. La amplitud de la revisión y control judiciales debe permitir a los particulares introducir, en la instancia judicial, argumentos y pruebas que no fueron incorporados en la instancia administrativa, o que lo fueron de manera parcial (90).

La imprevisión, por la ley administrativa, de una vía recursiva judicial no impide su planteo ante el tribunal establecido por una ley complementaria o ante aquel que, por la naturaleza de la cuestión debatida, resulte competente para el caso.

Las cláusulas de una ley administrativa que niegan el derecho de recurrir ante un tribunal judicial están desprovistas de toda validez constitucional.

### 390. Condiciones de privación de la libertad ambulatoria

El art. 18 de la Constitución establece que las cárceles deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y que toda medida que, con el pretexto de precaución, conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

La norma constitucional es aplicable tanto a los condenados, como a los procesados y a las personas que son detenidas antes de su procesamiento.

La interpretación de la cláusula constitucional debe ser efectuada de la manera más idónea para preservar la dignidad del ser humano.

La seguridad a que alude la Constitución abarca dos sentidos. El de proteger al detenido contra todo acto que importe una lesión irrazonable a su dignidad, y asimismo el de la seguridad de la comunidad, no solamente para evitar que sea puesto en libertad antes del cumplimiento de su condena, sino también para que, a su respecto, se adopten las medidas necesarias que permitan su reinserción en la sociedad sin que ello se traduzca en un peligro potencial para ella.

El régimen de detención, al margen de su razonabilidad, se debe ajustar a las normas contenidas en el art. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El régimen penitenciario para los condenados está regulado por la ley 24.660 que, por ser complementaria del Código Penal, tiene vigencia en todo el país.

Establece que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por objeto lograr que el condenado tenga capacidad para comprender y respetar la ley, procurar su adecuada reinserción social y promover la comprensión y el apoyo de la sociedad.

Por razones humanitarias, el juez de ejecución o el juez competente pueden disponer que el cumplimiento de la pena se haga efectivo mediante la detención domiciliaria para:

- 1) El interno enfermo cuando su permanencia en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratarse adecuadamente de su enfermedad y no correspondiere su alojamiento en un hospital.
- 2) El interno que padece de una enfermedad incurable en período terminal.
- 3) El interno discapacitado cuando su permanencia en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición, lo que implica un trato indigno, inhumano o cruel.
- 4) El interno mayor de setenta años.
- 5) La mujer embarazada.
- 6) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona discapacitada a su cargo.

Al resolver el caso "Pereyra" (91), la sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal, invocó el art. 33 de la ley 24.660, reformada por la ley 26.472, para disponer la detención domiciliaria de una interna debido al estado de desamparo en que se hallaban sus hijos menores de edad.

La ley 26.472 también reformó el art. 10 del Código Penal, en el cual reprodujo las disposiciones que tornan viable la detención domiciliaria. En todos los casos, la decisión judicial debe estar debidamente fundada y, cuando se trata de enfermos y discapacitados, debe estar precedida por un informe médico, psicológico y social.

La imposición de trabajos forzosos, como accesorios de una condena penal, está prevista en los arts. 6º y 9º del Código Penal para los condenados a pena de reclusión o prisión, perpetua o temporal. Estas normas no contravienen el art. 6º, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque ella se limita a exigir que tales trabajos no afecten la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso. De todas maneras, el interno puede negarse a realizar tales trabajos, en cuyo caso será pasible de sanciones disciplinarias (art. 110 de la ley 24.660).

La Corte Suprema tiene resuelto que es inviable someter a censura la correspondencia de un detenido (92). La correspondencia que recibe un recluso puede ser solamente abierta en presencia de la autoridad penitenciaria para constatar si ella contiene elementos cuyo ingreso esté razonablemente prohibido.

En el caso "Carrera" (93) , el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14 resolvió que, si no media opinión adversa del director de un establecimiento carcelario y por haber prestado conformidad el detenido, correspondía acceder a la petición formulada por un periodista para entrevistarlo y emitir su contenido en un programa de televisión. La decisión se adoptó sobre la base de las regulaciones contenidas en los arts. 121 a 123 del decreto 1136/97 que regula las comunicaciones de los internos.

Las sanciones disciplinarias aplicadas a los detenidos son recurribles judicialmente.

Es evidente que el sistema penitenciario vigente en la realidad dista de adecuarse a la ley 24.660 y, en particular, a las exigencias impuestas por nuestros constituyentes, a mediados del siglo XIX, cuando fue redactado el art. 18 de la Constitución federal. Las cárceles no son sanas ni limpias; están lejos de brindar seguridad a los detenidos en ellas y la convivencia interna con frecuencia se traduce en la violación de la dignidad humana.

En efecto, los centros de detención se concretan en ocasiones en establecimientos policiales debido a la superpoblación de los carcelarios; no siempre se separa a los procesados de los condenados; los centros de detención de menores de edad son insatisfactorios a la luz de la Convención de los Derechos del Niño; casi la mitad de la población carcelaria está conformada por detenidos no condenados, al tiempo que los procesos de rehabilitación son precarios.

Esta descripción coincide con la expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Verbitsky s/hábeas corpus" (94):

1) Se declaró que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de la Organización de las Naciones Unidas, contenidas en la ley 24.660, son presupuestos fundamentales a los que debe adecuarse toda detención.

2) Se dispuso que la Suprema Corte de Justicia provincial, a través de los jueces competentes, debía hacer cesar dentro de los sesenta días la detención de menores y enfermos en comisaría.

3) Se debía instruir a los magistrados judiciales de la provincia de Buenos Aires para que hagan cesar toda situación de agravamiento de las detenciones que puedan acarrear responsabilidades internacionales para el Estado federal.

4) Se ordenó al Poder Ejecutivo provincial remitir a los jueces competentes y en el término de treinta días un informe detallado sobre las condiciones concretas en que se cumplen las detenciones para que ellos pudieran ponderar la necesidad de mantener la detención o disponer medidas de cautela o formas de cumplimiento de las penas menos lesivas.

5) Cada sesenta días el Poder Ejecutivo provincial debía informar a la Corte las medidas adoptadas para mejorar la situación de los detenidos.

6) Se exhortó a los organismos gubernamentales de la provincia para que adecuaran la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a las normas constitucionales e internacionales.

7) Se encomendó al Poder Ejecutivo provincial la organización de la convocatoria al diálogo invitando a la accionante, a las organizaciones que se presentaron en el juicio como amicus curiae y, eventualmente, a otros sectores de la sociedad civil, en virtud de la cual se debía informar a la Corte Suprema cada sesenta días sobre los avances logrados.

(1) Fallos CS 239:461.

(2) Sent. del 24/8/2004. Fallos CS 327:3312.

(3) Sent. del 23/12/2004. Fallos CS 327:5668; LA LEY, 2005-B, 161.

(4) Sent. del 14/6/2005. LA LEY, 2005-C, 845. Fallos CS 328:2056.

(5) Fallos CS 137:47.

(6) Fallos CS 296:719.

(7) Fallos CS 296:726 y 305:900.

(8) Fallos CS 176:22.

(9) Fallos CS 207:70.

(10) Fallos CS 208:448.

(11) Fallos CS 283:360.

(12) Fallos CS 17:22; 114:89.

(13) Fallos CS 279:54.

(14) Caso "Astorga c. Comité Federal de Radiodifusión" del 14/10/2004; Fallos CS 327:4185; LA LEY, 2005-B, 674.

(15) Fallos 326:3758; 328:3193.

(16) Fallos CS 317:2046.

(17) Fallos CS 320:179.

(18) Fallos CS 237:636, 304:1898, 307:539.

(19) Fallos CS 300:254.

(20) Fallos CS 301:673.

(21) Fallos CS 303:1205; 304:1678; 305:137.

(22) Fallos CS 308:1392. LA LEY, 1986-D, 550.

(23) Fallos CS 308:1463. LA LEY, 1986-D, 582, LLC, 1986-753.

(24) Fallos CS 313:1333. LA LEY, 1991-C, 80, DJ, 1991-2-84.

(25) Sent. del 25/8/2009.

(26) Fallos CS 328:566.

(27) Fallos CS 330:3074 del 11/7/2007.

(28) Sent. del 10/5/2005. LA LEY, 2005-C, 583. Fallos CS 328:1268.

(29) Sent. del 24/8/2004. Fallos CS 327:3312.

(30) Sent. del 14/6/2005; LA LEY, 2005-C, 845. Fallos CS 328:2056.

(31) Fallos CS 327:3312; LA LEY, 2004-E, 827.

(32) Fallos CS 315:2988 del 22/12/1992.

(33) Fallos CS 316:609 del 6/4/1993; LA LEY, 1994-B, 168.

(34) Fallos CS 330:3248.

(35) Fallos CS 313:1392.

(36) Fallos CS 272:188.

(37) Fallos CS 321:2826; DJ, 1999-2-888.

(38) Fallos CS 326:1149; LA LEY, 2003-E, 86.

(39) Fallos CS 292:202; 308:84; 314:377; 316:687.

(40) Fallos CS 254:320, 279:59, 283:66, 307:1289; 310:1817; 321:172; 323:1222; 327:4916.

(41) Fallos CS 330:3248.

(42) Fallos CS 326:3899.

(43) Fallos CS 328:4615.

(44) Sent. del 23/6/2009.

(45) Fallos CS 310:2845.

(46) Fallos CS 310:804. LA LEY, 1987-C, 245, DJ, 1987-2-692.

(47) Fallos CS 310:2184; 326:4745.

(48) Fallos CS 234:482; 304:1935.

(49) Fallos CS 328:1491 y 330:1291.

(50) Fallos CS 208:21 y 225.

(51) Fallos CS 320:1891; 325:2005.

(52) Fallos CS 317:2043.

(53) Fallos CS 321:2021 (caso "Santillán").

(54) Sent. del 23/12/2004, Fallos CS 327:5863; LA LEY, 2005-B, 160.

(55) Fallos CS 328:242; sent. del 3/3/2005. LA LEY, 2005-C, 292.

(56) Fallos CS 330:4875.

(57) Sent. del 24/8/2004; Fallos CS 327:3312.

(58) Fallos CS 310:1797 y 1934; 315:2984.

(59) Caso "Fariña", Fallos CS 327:2790. LA LEY, 2005-A, 204.

(60) Caso "Pache", C. Nac. Crim. y Corr. Fed.I, sala 2ª, JA 1999-IV-676.

(61) Fallos CS 316:479.

(62) Fallos CS 313:1113.

(63) Fallos CS 318:2518 y 319:3370.

(64) Caso "Vázquez Ferrá", Fallos CS 326:3758. LA LEY, 2003-F, 970.

(65) Sent. del 11/8/2009.

(66) Fallos CS 308:733.

(67) Fallos CS 317:1985.

(68) Fallos CS 321:2947, caso "Fernández Prieto". LA LEY, 1999-B, 284.

(69) Caso "Redruello" resuelto por la C. Nac. Crim. y Corr., sala 4ª, 15/11/2004. LA LEY, 3/5/2005.

(70) Caso "Benítez", del 12/12/2006. Fallos CS 329:5566.

(71) Fallos CS 319:1840.

(72) Sent. del 17/5/2005. LA LEY, 2005-C, 410.

(73) Fallo del 30/10/2008.

(74) Sent. del 17/12/2008.

(75) Caso "Maldonado" del 7/12/2005. Fallos CS 328:4343.

(76) Fallos CS 313:235.

(77) Fallos CS 329:2367.

(78) Fallos CS 300:1102.

(79) Sent. del 5/10/2004. Fallos CS 327:4054; DJ, 2004 (octubre), 741.

(80) Sent. del 23/9/2004. LA LEY, 2005-A, 564.

(81) Fallos CS 311:274. LA LEY, 1988-E, 157.

(82) Fallos CS 318:514. LA LEY, 1995-D, 462.

- (83) Fallos CS 328:3399.
- (84) Fallos CS 320:2145. LA LEY, 1997-F, 697.
- (85) Fallos CS 322:2488. LA LEY, 2000-B, 108.
- (86) Fallos CS 323:4130. LA LEY, 2001-B, 64.
- (87) Fallos CS 311:1007.
- (88) Fallos CS 318:1990.
- (89) Caso "Ángel Estrada y Cía.", sent. de la Corte Sup. del 5/4/2005 (LA LEY, 2005-C, 740), Fallos CS 328:651.
- (90) Caso "Fernández Arias", Fallos CS 247:646. LA LEY, 100-58.
- (91) Sent. del 17/3/2009, Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, 17/6/2009.
- (92) Fallos CS 318:1894.
- (93) Sent. del 20/6/2006.
- (94) Sent. del 3/5/2005. LA LEY, 2000-D, 217, DJ, 2000-3-235. Fallos CS 328:1146.

## CAPÍTULO XIV

### Las garantías jurisdiccionales

#### SUMARIO

391. Concepto.
392. Amparo.
393. Amparo contra actos de autoridad pública.
394. Concepto de autoridad pública.
395. Lesión a los derechos y garantías constitucionales.
396. Inexistencia de vías administrativas.
397. El control de constitucionalidad en el amparo.
398. Legitimación para promover la acción de amparo.
399. Regulación procesal de la acción de amparo.
400. Amparo contra actos de particulares.
401. Amparo por mora de la Administración.
402. Hábeas data.
403. Objeto.
404. Tipos de hábeas data.
405. Legitimación para promover la acción de hábeas data.
406. Categorías de datos.
407. El consentimiento.
408. Ámbito de aplicación.
409. Hábeas corpus.
410. Regulación legislativa del hábeas corpus.
411. Orden de arresto y autoridad competente.
412. Tipología del hábeas corpus.
413. Hábeas corpus y estado de sitio.
414. Legitimación para promover la acción.
415. Declaración de inconstitucionalidad.
416. Recurso extraordinario.
417. Regulación legislativa del recurso extraordinario.

- 418. Requisitos del recurso extraordinario.
- 419. Requisitos comunes.
- 420. Cuestión federal.
- 421. Relación directa de la cuestión federal.
- 422. Resolución contraria al derecho federal invocado.
- 423. Sentencia definitiva.
- 424. Tribunal superior de la causa.
- 425. Sentencia arbitraria.
- 426. Gravedad institucional.
- 427. Acción de inconstitucionalidad.
- 428. Certiorari.
- 429. Per saltum.
- 430. Amicus curiae.

#### 391. Concepto

Las garantías jurisdiccionales, tal como lo destacamos en el capítulo anterior, son las vías de carácter judicial establecidas por la Constitución y sus leyes reglamentarias para hacer efectivas las libertades, derechos y restantes garantías que se les reconoce a los individuos y grupos sociales.

La efectividad de las vías judiciales es un presupuesto del Estado de Derecho donde la voluntad de la ley se impone a la voluntad de los gobernantes. Un Estado de Derecho cuyo contenido es aportado por el secular movimiento constitucionalista que propicia la libertad, dignidad y progreso del ser humano es impensable sin la presencia de medios judiciales efectivos para la concreción de sus fines.

La Constitución Nacional, con la salvedad de su art. 43 que prevé las acciones judiciales de amparo, hábeas data y hábeas corpus, no regula explícitamente las garantías judiciales, aunque ellas son fácilmente reconocibles mediante una interpretación finalista, sistemática y dinámica de su texto. Así, con referencia al hábeas corpus, ya antes de la reforma constitucional de 1994 había sido regulado por el art. 20 de la ley 48 porque se trataba de una secuela inevitable del art. 18 de la Ley Fundamental, al disponer que nadie puede ser privado de su libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente que, como regla general, es un magistrado judicial sin perjuicio de la excepción resultante del art. 23. Excepción que, de todas maneras, está sujeta al control judicial. En síntesis, todas las garantías jurisdiccionales cuya ejecución incumbe al Poder Judicial tienen previsión directa en la Constitución o en sus leyes reglamentarias. Incluso, en

algunos casos, su creación fue consecuencia de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

#### 392. Amparo

El amparo es una garantía de raíz constitucional que tiene por objeto proteger los derechos reconocidos por la Constitución y su ejercicio contra toda limitación, restricción o amenaza arbitraria o contraria a la ley, generada por la actividad de órganos estatales o por particulares. Se trata de una garantía procesal destinada a salvaguardar todas las libertades del hombre, con la sola excepción de la libertad física que está tutelada por el hábeas corpus.

Si bien la Constitución no establecía expresamente la garantía del amparo, ella tenía jerarquía constitucional, por cuanto su construcción es una consecuencia lógica, razonable y necesaria que emana de una interpretación teleológica y sistemática de los preceptos que integran la Ley Fundamental.

Las demandas en salvaguarda de derechos distintos de la libertad física o ambulatoria eran presentadas directamente como acciones de hábeas corpus o mediante invocación de la aplicación extensiva o análoga de las normas procesales que regulaban el hábeas corpus, o bien como recursos —no acciones— contra actos administrativos o judiciales que conculcaban aquellos derechos.

En el caso "Bertotto" (1), la Corte declaró que la acción de hábeas corpus se otorga a favor de toda persona detenida o arrestada sin orden escrita de autoridad competente, pero ella no se proyecta sobre los restantes derechos y garantías previstos expresamente en la Constitución, o de manera implícita por su art. 33. Por añadidura, no se extendió a la libertad de propiedad, del comercio, la industria, la enseñanza o el transporte.

Esa jurisprudencia fue modificada el 27/12/1957, cuando la Corte resolvió el célebre caso "Siri" (2), y el 5/9/1958 cuando, en el caso "Kot" (3), extendió la viabilidad del amparo contra actos de particulares.

En esa oportunidad la Corte sostuvo que, verificada la manifiesta restricción a una libertad constitucional sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique esa restricción, corresponde que los jueces, de manera inmediata, restablezcan la libertad vulnerada en su integridad, sin que sea obstáculo para ello la inexistencia de una ley que regule el procedimiento para hacer efectiva la garantía. Las garantías existen por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, ya que caso contrario serían simples fórmulas teóricas carentes de fuerza obligatoria para los individuos y las autoridades.

Como se dijo, el 5/9/1958, al resolver el caso "Kot", la Corte extendió el amparo contra actos de particulares. En su sentencia, la Corte destacó que Kot no había deducido un recurso de hábeas corpus, sino de amparo, mediante la invocación de los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad. Planteó así una garantía distinta de la que protege la libertad corporal y

que, a semejanza del hábeas corpus, procura un remedio expeditivo y rápido que emana directamente de la Constitución. Destacó que, si bien en el caso "Siri" la restricción ilegítima procedía de la autoridad pública y no de actos de particulares, esa distinción no es esencial para la protección constitucional, ya que, de admitirse que existe una garantía implícita que protege todas las manifestaciones de la libertad individual (art. 33 CN), ninguna reserva cabe establecer que excluya toda restricción proveniente de personas privadas.

Esta modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema motivó que el 20/10/1966 fuera sancionada la ley 16.986 sobre amparo contra actos de autoridad pública. Posteriormente, la garantía fue extendida frente a los actos de los particulares por el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 20/9/1967, y por la ley 19.549, del 3/4/1972, que estableció el amparo por mora de la administración.

Como se advierte, el amparo disfrutaba de un amplio reconocimiento en el sistema constitucional argentino que se había proyectado a su legislación reglamentaria.

Los convencionales de 1994, siguiendo los lineamientos del art. 53 de la Constitución española de 1978, optaron por incorporar una cláusula específica sobre el particular en el texto de la Ley Fundamental. Se trata del art. 43.

Dicha norma establece los principios básicos a los cuales se deben ajustar la doctrina jurisprudencial y la legislación reglamentaria del amparo contra actos de autoridad pública y el amparo contra actos de particulares.

A ellos se añadió un instituto entonces novedoso en nuestra legislación, que es el hábeas data como especie particular del amparo, que también había tenido recepción jurisprudencial.

Por último, el párrafo final del art. 43 prevé el hábeas corpus, que también disfrutaba de un amplio reconocimiento en nuestro sistema constitucional, desde la sanción de la ley 48 el 25/8/1863.

### 393. Amparo contra actos de autoridad pública

Los principios básicos que prevé el art. 43 de la Constitución para la regulación legal del amparo contra actos de autoridad pública coinciden en términos generales con las normas contenidas en la ley 16.986 y su interpretación jurisprudencial.

Las características y los alcances de la acción de amparo están contenidos parcialmente en el art. 1º de la ley 16.986, que dispone que la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus.

Tales características y alcances, que condicionan la viabilidad del amparo, están complementados por el art. 2º de la ley. De tales normas resulta, como principio general, la procedencia del amparo, salvo cuando:

- 1) El acto o la omisión no emanen de una autoridad pública.
- 2) No se manifieste de manera actual e inminente una lesión para los derechos o garantías constitucionales cuya arbitrariedad o ilegalidad sea notoria.
- 3) La libertad lesionada, restringida, alterada o amenazada sea la libertad corporal, protegida por el hábeas corpus.
- 4) Existan otras vías judiciales o administrativas idóneas para la defensa oportuna de los derechos o garantías.
- 5) El acto impugnado emane de un organismo judicial o haya sido adoptado por aplicación de la ley 16.970 de Defensa Nacional.
- 6) La intervención judicial comprometa la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado.
- 7) El análisis de la eventual invalidez del acto requiera de una mayor amplitud de debate o prueba que aquella que se puede sustanciar en el marco del procedimiento del amparo.
- 8) La invalidez del acto requiera la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas.
- 9) La acción de amparo no se promueva dentro de los quince días hábiles desde que fue ejecutado el acto o desde el momento en que debió producirse.

De tales requisitos el art. 43 solamente excluye, en forma expresa, al 8º, al facultar al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma en el marco del amparo. Tal solución, sostenida por la doctrina, ya había tenido acogida jurisprudencial.

La sentencia que admita la petición contenida en la acción de amparo debe determinar la conducta a cumplir e imponer a la autoridad pública una condena. Ella podrá tener efectos restitutorios si se concretó la lesión, o preventivos cuando ella no hubiera llegado a consumarse.

La sentencia definitiva tiene autoridad de cosa juzgada, pero sólo respecto del amparo. La misma cuestión no podrá ser ventilada nuevamente por vía de la acción de amparo, salvo que su rechazo obedeciera al incumplimiento de los requisitos formales previstos por la ley. Pero ello no impide la ulterior sustanciación de las cuestiones de hecho y de derecho debatidas en el amparo, al igual que sus consecuencias, dentro del marco de un procedimiento judicial diferente, si mediante la sentencia de amparo la controversia no quedó resuelta en todos sus aspectos.

### 394. Concepto de autoridad pública

Si se considera que el amparo es una garantía fundamental para concretar la vigencia de los derechos reconocidos por la Constitución, la interpretación de las normas legales que lo regulan debe ser efectuada con la amplitud suficiente para salvaguardar esos derechos y nunca con un criterio restrictivo que impida su debida protección.

Por tal razón, el significado de la expresión "autoridad pública" como generadora del acto u omisión lesivo para los derechos constitucionales debe ser amplio y comprensivo de todo organismo estatal y de toda entidad investida legalmente de las funciones cuyo cumplimiento o control corresponden al Estado.

Mediante este enfoque interpretativo, reviste el carácter de autoridad pública, a los fines del amparo, todo organismo dependiente de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial del gobierno, la administración central, las entidades autárquicas, sociedades del Estado, los concesionarios de servicios estatales y todos los funcionarios, agentes y empleados estatales que, en el ejercicio de su rol institucional, incurran en actos u omisiones lesivos para los derechos constitucionales.

#### 395. Lesión a los derechos y garantías constitucionales

La procedencia de la acción de amparo está condicionada a una lesión, restricción, alteración o amenaza para los derechos o garantías reconocidos por la Constitución, los tratados y las leyes, que sea actual o inminente y que revista arbitrariedad o ilegalidad manifiestas.

Solamente queda excluida del marco de la acción de amparo la libertad física o corporal, no porque ella deba quedar desprovista de protección, sino por hallarse debidamente tutelada por la acción de hábeas corpus.

La restricción a los derechos y garantías constitucionales puede ser real o potencial, así como total o parcial. Puede consistir en un acto u omisión de la autoridad pública que desemboque en la efectiva privación de un derecho o garantía, o simplemente en el peligro, serio y cierto, de que se concrete un acto o una omisión que se traducirá de manera inminente en alguna de esas restricciones.

Una restricción a los derechos y garantías no es necesariamente contraria a la Constitución y, aunque llegara a ser tal, no determina automáticamente la viabilidad del amparo. Para ello se requiere que el acto o la omisión de la autoridad pública restrictivo del derecho o garantía sean manifiestamente ilegales o arbitrarios en el caso concreto. Deben ser notoriamente opuestos a una norma jurídica de jerarquía superior o, aunque tengan fundamento normativo, estar desprovistos de la más elemental razonabilidad.

Tal es la razón que justifica la inaplicabilidad de las reglas del amparo en aquellas cuestiones dudosas o complejas que, para un correcto ejercicio de la función judicial, requieren de un marco amplio para el desarrollo del debate y el ofrecimiento y producción de las pruebas. Situación que, normalmente, no se presenta cuando se trata de cuestiones de puro derecho.

#### 396. Inexistencia de vías administrativas y judiciales idóneas

La procedencia del amparo está condicionada a que el peticionario no disponga de vías administrativas o judiciales, previas o paralelas al amparo, que le permitan satisfacer sus intereses legítimos en forma idónea y en tiempo oportuno.

Este requisito, establecido por la ley 16.986 (art. 2º, inc. a)), y que reproduce el art. 43 de la Ley Fundamental, significa que, aunque se cumpla el presupuesto consistente en la acción u omisión de la autoridad pública que, de manera actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, los derechos o garantías de una persona, el amparo carecerá de viabilidad si el interesado no agotó las vías previas o paralelas establecidas por la ley, mediante las cuales puede alcanzar el reconocimiento de sus derechos y garantías.

Se ha cuestionado la razonabilidad de este requisito por cuanto, si la restricción o amenaza para los derechos o garantías es real, en forma actual o inminente, y si ella proviene de un acto manifiestamente ilegal o arbitrario, no resulta atinado privar al justiciable de un remedio judicial dotado de celeridad por la sola circunstancia de que no hubiera agotado las vías administrativas previas o recurrido a los canales procesales ordinarios establecidos por la ley.

Pero, aunque existan esas vías previas o paralelas, si ellas no son idóneas para resolver en tiempo oportuno la controversia suscitada, es procedente la acción de amparo. Así, corresponde prescindir de las vías previas establecidas por la ley y de los procedimientos ordinarios, cuando ellos configuran un ritualismo inútil o cuando son insuficientes para concretar la protección requerida y así conducen a un perjuicio irreparable.

#### 397. El control de constitucionalidad en el amparo

El art. 2º, inc. d), de la ley 16.986 establece que la acción de amparo no será admisible cuando la determinación de la eventual invalidez del acto u omisión requiera la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, solución de la cual se aparta, acertadamente, el art. 43 de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia, en los casos "Outon" y "Mate Larangeira Mendes S.A." (4), resueltos en 1967, estableció que el principio contenido en la ley 16.986 no es absoluto. Sostuvo que cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resultan claramente violatorias de alguno de los derechos constitucionales, no puede haber obstáculo para que se restablezca inmediatamente a la persona en el goce de ese derecho.

La viabilidad del control de constitucionalidad en el procedimiento del amparo fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia al resolver, el 27/12/1990, el caso "Peralta"(5).

Esta interpretación doctrinaria y judicial ha sido expresamente incorporada al art. 43 de la Constitución, al disponer que "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" (6).

### 398. Legitimación para promover la acción de amparo

El art. 5º de la ley 16.986, con referencia al amparo contra actos de autoridad pública, reconoce la titularidad de la acción a toda persona física o jurídica que se considere afectada por un acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución, con excepción de la libertad individual que tutela el hábeas corpus.

La amplitud del texto legal incluiría no solamente los derechos subjetivos que corresponden al accionante, sino también la hipótesis de los intereses difusos.

La segunda parte del citado artículo también reconoce la titularidad de la acción a toda asociación que, sin presentar el carácter de persona jurídica, justifica, mediante la exhibición de sus estatutos, que su constitución y finalidad no se oponen a los elementos que configuran el concepto de bien común. Se trata de las entidades previstas en el art. 46 del Código Civil y del llamado amparo colectivo.

Tales disposiciones en modo alguno se oponen al art. 43 de la Constitución, aunque sus contenidos deberán ser ampliados a la luz de esta norma.

El segundo párrafo del art. 43 reconoce la acción de amparo al afectado, al defensor del pueblo y a ciertas asociaciones contra:

1. Cualquier forma de discriminación.
2. Cualquier acto relacionado con los derechos que protegen el ambiente.
3. Cualquier acto relacionado con el derecho a la competencia.
4. Toda lesión a los derechos del usuario y consumidor.
5. Toda lesión a los derechos de incidencia colectiva.

En estos casos, la cláusula que reconoce el ejercicio de la acción de amparo al afectado y al defensor del pueblo reviste carácter operativo.

No acontece lo propio cuando la acción se reconoce a las asociaciones constituidas para propender a la eliminación de toda forma de discriminación, la defensa del ambiente, de la competencia, del usuario, del consumidor o de cualquier derecho que tenga incidencia colectiva. En este caso, el reconocimiento de la acción de amparo está condicionado por la Ley Fundamental a que tales asociaciones estén registradas conforme a una ley que determinará los requisitos y formas de su organización.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que los arts. 42 y 43 de la Ley Fundamental reconocen legitimación para promover la acción de amparo a sujetos diferentes de los afectados en forma directa, pero que esa ampliación no importa reconocer aptitud procesal para demandar sin que exista una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la función jurisdiccional. La protección que se otorga a los intereses generales exige exponer cómo los derechos de incidencia colectiva se ven

lesionados por un acto ilegítimo, por tratarse de un requisito que condiciona la sustanciación del amparo.

Con referencia a las asociaciones, la Corte decidió que ellas tienen legitimación para interponer la acción de amparo si los daños son de incidencia colectiva. Corresponde reconocer la acción de amparo a las asociaciones constituidas específicamente para defender los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario o consumidor. Entre ellas, quedan incluidas las que tienen por objeto la defensa de los intereses de sus asociados que revisten el carácter de grandes usuarios de electricidad. Por su parte, las asociaciones que tienen por objeto la lucha contra el sida están legitimadas para ejercer la acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798.

La Corte Suprema consideró que el defensor del Pueblo carece de legitimación para demandar, por vía de la acción de amparo, la inconstitucionalidad de las normas que establecen restricciones a la disponibilidad de los depósitos bancarios dispuesta por razones de emergencia. En tales casos, no está alcanzado por las disposiciones del segundo párrafo, correspondiente al art. 43 de la Ley Fundamental, porque los derechos que se pretendían proteger eran individuales y de carácter patrimonial. El hecho de que las medidas afectaran a numerosas personas revelaba la existencia de un problema común, pero no de un derecho de incidencia colectiva.

En el caso "Mujeres por la Vida" (7), la Corte admitió la legitimación de la parte actora en una acción de amparo promovida para que se declarara la inaplicabilidad de la ley 25.673 que creó un programa nacional de salud sexual y procreación responsable. Sostuvo que la legitimación de la accionante obedecía a que se trataba de una asociación civil entre cuyos fines se encontraba el de promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que permitan y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de las personas desde la concepción y el resguardo de su dignidad.

La Corte Suprema, al resolver el caso "Halabi" (8), con referencia a la acción de amparo, explicó que correspondía distinguir tres situaciones:

- 1) El amparo individual donde el accionante ejerce derechos sobre bienes jurídicos individuales de los cuales es titular. Se procura tutelar derechos individuales no homogéneos para reparar un daño individual del afectado, que puede ser personal o patrimonial.
- 2) El amparo que tiene por objeto bienes colectivos. Puede ser ejercido por el defensor del Pueblo, las asociaciones que tienen por objeto tutelar tales bienes y por el afectado. Se procura defender un bien colectivo indivisible que pertenece a toda la sociedad. Importa, como en el caso del derecho a un ambiente sano, resguardarlo de una lesión sobre un bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionario o de quien represente, sin perjuicio de los reclamos individuales que puedan efectuar de manera independiente. Pero los efectos de la decisión que se obtiene repercuten sobre el objeto de la causa.



3) El amparo que protege derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. No existe un bien colectivo pues se afectan derechos individuales divisibles por un factor único que constituye una causa homogénea para todos los individuos o un grupo importante de ellos. Hay homogeneidad fáctica y normativa, por lo que resulta razonable que la sentencia que tutela el derecho individual de una persona se extienda a la tutela de los derechos individuales de las restantes personas afectadas por ese factor común. Esta categoría conformaría las acciones de clase.

#### 399. Regulación procesal de la acción de amparo

Conforme a los arts. 75, inc. 12, y 121 de la Constitución, es una facultad privativa de cada provincia. En el orden federal esa regulación fue establecida por la ley 16.986.

La demanda de amparo debe ser presentada dentro de los 15 días hábiles desde que se produjo o debió producirse el acto o hecho lesivo. Cuando se cuestiona la validez de un decreto o ley, el plazo se desarrolla, una vez publicada la norma en el Boletín Oficial, a partir del momento en que entra en vigencia. Ello no impide presentar la acción con anterioridad a la entrada en vigencia en el supuesto del amparo preventivo.

Desde la reforma constitucional de 1994, se suscitó una polémica doctrinaria sobre si era viable, o no, fijar por vía reglamentaria un plazo de caducidad para la acción de amparo, aunque su aceptación era compartida por la mayoría de las legislaciones provinciales, los tribunales judiciales y los juristas.

El plazo de caducidad en la acción de amparo no es una mera formalidad, sino que hace a la esencia de dicha vía procesal. No es un obstáculo, sino una exigencia, que el acto se realice dentro del plazo legal, a menos que se quiera optar por las vías ordinarias. Es un plazo perentorio insusceptible, en principio, de interrupción o suspensión. Pero, además de perentorio, el plazo de caducidad es preclusivo.

El juez competente, a elección del demandante, será el que tenga jurisdicción en el lugar donde se exterioriza el acto o el lugar donde produce sus efectos.

Con la demanda se debe realizar el ofrecimiento de prueba. El número de testigos no puede exceder al de cinco y no se admite la prueba de la absolució de posiciones.

Si el juez considera que la acción es manifiestamente inadmisile puede disponer su rechazo sin sustanciación previa alguna.

Si el juez estima que la acción es procedente, conferirá traslado de ella a la Administración, a cuyo efecto fijará el plazo. La ley no determina el plazo, que está librado a la consideración del juez, aunque la ley exige que sea prudente o razonable. Generalmente, ese plazo oscila entre cinco y diez días.

Dentro de ese plazo la Administración deberá presentar un informe y ofrecer la prueba que estime pertinente con las limitaciones ya indicadas.

Producido el informe o vencido el plazo previsto, y si no hay pruebas para producir, el juez dictará sentencia dentro de las 48 horas, en virtud de lo cual concederá o denegará el amparo.

Si las partes ofrecieron pruebas, el juez fijará la audiencia para la producción de ellas dentro del tercer día de la resolución que así lo ordene. Si el demandante o sus apoderados no concurren a esa audiencia se lo tendrá por desistido, a menos que justifique que su incomparecencia obedeció a razones graves.

Concluida la audiencia, el juez dictará sentencia dentro de los tres días. Ese plazo podrá ser prorrogado si existiera prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes.

Con la acción de amparo, o antes de ser ella interpuesta, el accionante podrá solicitar medidas cautelares de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El juez resolverá el pedido sin conferir traslado a la contraparte.

La ley establece que sólo son apelables las resoluciones judiciales que desestimen de oficio la demanda, las referentes a las medidas cautelares y la sentencia definitiva. La apelación se debe plantear y fundar dentro de las 48 horas de notificada la resolución judicial y, previo traslado a la contraparte por igual término, las actuaciones se elevarán a la Cámara dentro de las 24 horas. Como no existe previsión explícita en la ley, algunos jueces, una vez presentada la apelación, la elevan a la Cámara y ella, en resguardo del derecho de defensa, confiere el traslado a la contraparte.

Si se concede la apelación, tanto respecto de una sentencia definitiva como de la resolución dictada en cuanto a una medida cautelar, ella será en relación y con efecto suspensivo.

Sin embargo en muchas oportunidades, cuando la sentencia o medida cautelar hacen lugar a la demanda, los jueces otorgan el recurso en relación y con efecto devolutivo. Tal decisión es viable si media petición de parte, o declaración de oficio, respecto de la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 16.986.

Compartimos esta solución porque si la apelación se concede con efecto suspensivo se desnaturaliza el carácter expedito y rápido que, para la acción de amparo, prevé el art. 43 de la Constitución.

La procedencia de la acción de amparo es indiscutible cuando nos enfrentamos con actos u omisiones del órgano ejecutivo o con actos del órgano legislativo. Pero es opinable su viabilidad respecto de actos judiciales.

En el caso "Barrionuevo" la Corte rechazó la acción de amparo planteada ante un juez federal contra una sentencia del órgano judicial provincial que impedía al accionante presentarse como candidato a gobernador.

#### 400. Amparo contra actos de particulares

La procedencia del amparo contra actos de particulares, cuyo antecedente jurisprudencial es el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Kot"

(9) , fue dispuesta y reglamentada legislativamente con la sanción, el 20/9/1967, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Su art. 321, inc. 2º, establece un procedimiento sumarísimo para la sustanciación de las causas donde se reclama contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas alguna garantía o derecho explícita o implícitamente reconocido por la Constitución, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y que la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por ese Código u otras leyes.

De acuerdo con esta disposición, la procedencia del amparo está condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Acto u omisión que emane de un particular.
- 2) De manera actual o inminente debe lesionar, restringir, alterar o amenazar un derecho o garantía constitucional.
- 3) Manifiesta arbitrariedad o ilegalidad de la acción u omisión en cuanto a sus efectos perjudiciales para los derechos o garantías constitucionales.
- 4) Necesidad urgente de reparar los perjuicios, de hacer cesar los efectos del acto o de prevenir sus consecuencias.
- 5) Inexistencia de otras vías procesales idóneas para concretar la debida tutela del derecho o garantía constitucional.

En términos generales, los arts. 321 y 498 reproducen las disposiciones básicas de la ley 16.986. Sin embargo, su redacción goza de mayor precisión técnica y, además, no veda el control de constitucionalidad por la vía del amparo, conforme al art. 43 de la Constitución, ni establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción.

#### 401. Amparo por mora de la Administración

La negativa o morosidad de la Administración en resolver los requerimientos formulados por los administrados pueden generar graves e irreparables perjuicios para los derechos constitucionales de estos últimos.

Una de las formas de remediar esta irregularidad consiste en equiparar el silencio de la Administración a una denegación tácita de la petición.

Sin embargo, no siempre el silencio de la Administración previsto por la ley es aceptable. En ciertos casos la Administración no puede abstenerse de dictar un acto administrativo que permita dar un contenido preciso a la relación jurídica que tiene con el administrado y en otros la demora de la Administración hasta que se cumplan los plazos previstos por la ley para que se opere su silencio puede ocasionar serias e irreparables lesiones para el administrado, que no se

compadecen con la celeridad y eficacia que deben presidir la actuación administrativa.

Para evitar estos inconvenientes, el art. 28 de la ley 19.549 regula el amparo por mora de la Administración. Establece que "El que fuere parte de un expediente administrativo, podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y, en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiera evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes".

La resolución judicial que dispone la orden prevista en el párrafo final del art. 28 es una sentencia de condena, que le impone a la Administración el deber de dar cumplimiento a una obligación de hacer. La desobediencia de la Administración acarrea sanciones disciplinarias (art. 17 del decreto-ley 1285/58) y configura un caso de violación de los deberes de los funcionarios públicos (art. 249 del Código Penal), sin perjuicio de las sanciones conminatorias que los jueces pueden aplicar a la Administración.

#### 402. Hábeas data

El párrafo tercero del art. 43 de la Ley Fundamental contempla un caso específico para la interposición de la acción de amparo, que es el hábeas data.

Establece que "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Diversas entidades y personas acumulan datos referentes a la vida de los individuos. Tales datos pueden ser de índole comercial, profesional, personal, familiar, referentes a hechos del pasado o del presente de algún individuo. La finalidad a que responde la formación de los bancos de datos es de naturaleza comercial, o relacionada con la actividad estatal, o con la investigación científica. La finalidad es legítima e indiscutible, pero no necesariamente las modalidades de uso de los datos obtenidos.

En aquellos casos en que se acumula información para ser suministrada a terceros o para determinar la actuación de los organismos gubernamentales es posible que

se exteriorice una lesión para los derechos personalísimos o patrimoniales de una persona. Esto como consecuencia de presentar una información errónea, desactualizada o ilícita, en consideración de la forma en que fue obtenida.

De modo que el propósito de la cláusula constitucional es evitar que, mediante el uso incorrecto de la informática, se pueda lesionar el honor, la intimidad y los restantes derechos de las personas como consecuencia de una difusión de datos erróneos, incompletos o inexactos referentes a ellas. La protección se extiende también para evitar la difusión de datos sensibles concernientes a los individuos, tales como los relacionados con sus creencias religiosas o ideológicas.

Tanto antes, como después de su regulación legal, se entendió que, si bien la acción de hábeas data es una especie de acción de amparo, presenta características propias que tornan inviable la aplicación de todos los elementos y requisitos impuestos a ésta última. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia consideró que aunque la ley de protección de datos personales disponga que la acción de hábeas data debe tramitar por el procedimiento del amparo, no significa que se le apliquen de modo automático los requisitos previstos por el art. 43 de la Constitución para el amparo. Así, para la procedencia de la acción de hábeas data no es necesario acreditar la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, lo cual, en cambio, sí se impone en la acción de amparo. Si la información almacenada es inexacta o incompleta, procede la acción de hábeas data aunque ella no ocasione un perjuicio para el accionante relacionado con su intimidad, privacidad u honor.

La reglamentación de la acción de hábeas data se concretó seis años después de la reforma constitucional de 1994, mediante la ley 25.326.

#### 403. Objeto

El objeto de la ley reside en la protección de los datos personales de los individuos y personas jurídicas, para que su uso o difusión no vulneren arbitrariamente ciertos derechos y siempre que la tutela dispensada no lesione el orden público, la seguridad pública, el interés institucional de la sociedad, así como también su legítimo derecho a la información, conforme a los límites resultantes del art. 19 de la Constitución.

Están expresamente excluidos los bancos de datos o archivos de los medios de prensa y de los periodistas, sin que a través del ejercicio de esa acción se pueda afectar el secreto de las fuentes de información periodística. Mediante la acción de hábeas data no se puede tener acceso a los datos personales que conforman un archivo periodístico, ni conocer la fuente de la cual provienen.

#### 404. Tipos de hábeas data

En consideración de la finalidad de quien ejerce la acción de hábeas data, podemos tipificar sus variantes:

1) Hábeas data informativo. Se ejerce para conocer qué datos del accionante están registrados en un archivo. El contenido de la acción se puede ampliar para saber

cuál es el objeto al cual obedece el registro de tales datos y cuál es su origen o fuente de la cual provienen.

2) Hábeas data complementario. Se requiere la incorporación de nuevos datos del accionante que complementan o actualizan los ya registrados.

3) Hábeas data rectificador. Se demanda la corrección, modificación o sustitución de datos que son total o parcialmente inexactos.

4) Hábeas data preventivo. Apunta a garantizar la confidencialidad de ciertos datos que, si bien han sido registrados lícitamente y pueden permanecer en ese estado, el accionante demanda que no sean difundidos públicamente, o sólo bajo ciertas condiciones, o sólo a determinados requirentes, sobre la base de un interés legítimo del cual es titular.

5) Hábeas data supresor. El accionante requiere la supresión de sus datos sensibles o falsos registrados en un banco de datos.

6) Hábeas data mixto. Tiende al cumplimiento de dos o más de las finalidades expuestas.

#### 405. Legitimación para promover la acción de hábeas data

El art. 34 de la ley 25.326 dispone que la acción de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores en línea directa o colateral hasta el segundo grado. También por las personas de existencia ideal. Pero, en todos los casos, la acción debe estar vinculada con los datos personales del peticionario.

Cuando se promueve la acción de hábeas data, el defensor del Pueblo tiene legitimación activa pero al solo efecto de coadyuvar a la sustanciación del proceso y dentro del ámbito de sus facultades. Pero carece de legitimación para promover la acción (10) .

Con respecto a la legitimación pasiva, el art. 35 de la ley establece que la acción procederá contra los responsables y usuarios de los bancos de datos públicos y de los privados destinados a proveer informes.

Quedan excluidos, entre otros, los bancos de datos o archivos de uso personal no afectados a suministrar información al público.

Los bancos de datos públicos pueden, por decisión fundada, negarse a acceder al pedido de conocimiento de sus datos personales por el interesado, cuando el tratamiento de ellos tiene por objeto la defensa nacional, el orden y la seguridad públicos o la protección de derechos de terceros. Otro tanto si la petición puede obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas relacionadas con la investigación del cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, investigación de delitos penales o infracciones administrativas.

La negativa de suministrar el conocimiento de los datos almacenados por organismos públicos debe estar debidamente fundada y ser razonable. Así, la Corte

Suprema de Justicia entendió que la simple negativa por obvias razones de seguridad pública constituye una afirmación dogmática carente de razonabilidad.

#### 406. Categorías de datos

La ley 25.326 enuncia diversos tipos de datos.

Como regla general, los bancos de datos no pueden registrar los llamados datos sensibles. Son aquellos estrechamente relacionados con la intimidad de las personas. Se entienden por tales, entre otros, los datos referentes al origen étnico o racial, a la sexualidad, a las convicciones religiosas, políticas, filosóficas o morales, a ciertas enfermedades.

No se trata de una prohibición absoluta. El propio interesado puede prestar su consentimiento para que se registren tales datos ya sea en forma directa o indirecta. Así, si bien las convicciones políticas son un dato sensible, tal tipificación no se extiende a los registros de afiliados de los partidos políticos cuya publicidad resulta de la Ley de Partidos Políticos.

Los datos crediticios son los de carácter patrimonial de una persona, referentes a su solvencia económica, su capacidad para honrar compromisos financieros o comerciales que se obtienen de registros públicos, o son facilitadas por el interesado o con su consentimiento, o por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. La prestación de servicios de información crediticia no requiere del previo consentimiento del interesado a los fines de su cesión, cuando los datos se relacionen con el giro de las actividades comerciales o crediticias de los cesionarios.

Los datos deben ser ciertos y su difusión es lícita aunque resulte perjudicial económicamente para su titular. La Corte Suprema expresó que si la actora admite que los datos inscriptos en el Registro de Juicios Universales atinentes a un pedido de quiebra rechazado por el tribunal comercial se corresponden con las constancias del expediente judicial, no se presenta el presupuesto fáctico de la falsedad prevista en el art. 43 de la Constitución para hacer procedente el instituto del hábeas data.

Si los datos son ciertos, pero están acompañados por una calificación negativa para su titular, es viable la acción de hábeas data. La Corte Suprema decidió que es lesiva la calificación de irregular asignada a una persona que se hallaba en mora por la falta de pago de un crédito financiero, si también se consignaba que esa persona había promovido un juicio contra la entidad financiera por revisión del precio del mutuo y había consignado judicialmente el importe que consideraba satisfactorio para cancelar su deuda. La información era cierta, pero la asignación del carácter de irregular acarreaba una representación inexacta o falsa de los hechos ocurridos.

Los bancos de datos privados que recolectan información económica o crediticia han sido sometidos a una regulación relativamente razonable, que no afectó su función económica fundamental para dotar de seguridad a las relaciones de

aquella índole. Tales datos provienen de entidades oficiales, como el Banco Central de la República Argentina o de organismos judiciales, de entidades financieras con las cuales opera el titular de los datos, o del propio interesado o sus acreedores.

Esa actividad apunta a incrementar la seguridad en las transacciones comerciales. Conociendo las cualidades comerciales o financieras de los contratantes, ellos están en mejores condiciones para determinar los riesgos de su operatoria y para adoptar una decisión razonable.

La ley impone un límite referente a la antigüedad de tales datos, que estimamos irrazonable. Establece que solamente se podrán archivar o ceder los datos registrados en los últimos cinco años, sin distinguir entre datos positivos y negativos. Asimismo, respecto de los datos negativos, ese plazo se reduce a dos años cuando el deudor extinga o cancele su obligación, debiéndose dejar constancia de ese hecho.

Los datos excluidos de la regulación legal son, entre otros, los periodísticos, los asientos contables de entidades financieras, los datos históricos y cualquier otro dato que no revista carácter personal.

#### 407. El consentimiento

La ley 25.326 dispone, como principio general, que el tratamiento de los datos personales por los registros públicos o privados que suministran información requiere del previo consentimiento del titular de los datos.

Exceptúa de tal principio a:

- 1) Los datos que se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto, tales como los expedientes judiciales no reservados y los que emite el Banco Central de la República Argentina u otros organismos estatales.
- 2) Los que se obtengan para el ejercicio de las funciones de los órganos gubernamentales del Estado o en virtud de alguna obligación legal.
- 3) Listados de datos que se limiten a consignar el nombre, documento de identidad, identificación tributaria o previsional de las personas, así como ocupación, fecha de nacimiento y domicilio de ellas.
- 4) Datos provenientes de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos y que sean necesarios para su cumplimiento o desarrollo.
- 5) Los resultantes de las operaciones que realizan las entidades financieras y las informaciones que reciben de sus clientes.

Iguales consideraciones son aplicables en los casos de cesión de datos.

#### 408. Ámbito de aplicación

La institución del hábeas data, prevista en el art. 43 de la Constitución, reviste naturaleza federal, es aplicable en las provincias y, mediante su ejercicio como el de cualquier acción judicial, es viable concretar el control de constitucionalidad.

Las normas procesales que regulan el ejercicio de la acción de hábeas data, conforme a los arts. 75, inc. 12 y 121 de la Constitución, son de competencia provincial. De todas maneras, la ley 25.326 reserva a la jurisdicción federal las cuestiones atinentes a los registros, archivos, bases o bancos de datos interconectados en redes interjurisdiccionales de carácter nacional o internacional.

#### 409. Hábeas corpus

El párrafo final del art. 43 de la Constitución establece que "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

El hábeas corpus consiste en una garantía constitucional destinada a brindar protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o su libertad ambulatoria, o bien si las encuentra restringidas, agravadas o amenazadas ilegalmente. Por su intermedio se procede a examinar judicialmente la situación jurídica o de hecho de la persona afectada, real o potencialmente, en su libertad, y se dispone, en caso de ser ilegal o arbitraria la privación, el cese inmediato de aquellos actos que la lesionan o perturban.

El fundamento constitucional del hábeas corpus se encuentra en el art. 18 de la Ley Fundamental, el cual establece que ningún habitante de la Nación puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente.

A ello se agrega la cláusula del art. 43 de la Constitución, cuyo contenido no se opone al contemplado por la ley reglamentaria 23.098, de sanción anterior a la reforma constitucional de 1994.

#### 410. Regulación legislativa del hábeas corpus

En el orden federal, el hábeas corpus estuvo regulado por el art. 20 de la ley 48 de 1863, mientras que en el ámbito de la Capital Federal y los territorios nacionales lo estuvo por las disposiciones correspondientes a la ley 2372 que sancionó el Código de Procedimientos en Materia Penal. Estas disposiciones fueron derogadas por la ley 23.098, promulgada el 19/10/1984, la cual regula ciertos aspectos sustanciales del hábeas corpus, así como también las vías procesales para su tramitación.

Si bien se trata de una norma procesal, contiene ciertas disposiciones de fondo que, conforme al art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental, son de aplicación en todo el territorio del país.

En tal sentido, la ley 23.098 establece que su capítulo I tiene vigencia en todo el territorio de la Nación. Ese capítulo prevé la jurisdicción de aplicación, los supuestos en que procede el funcionamiento de la garantía, su relación con el estado de sitio, la legitimación para promover la acción de hábeas corpus, la declaración de inconstitucionalidad en el procedimiento del hábeas corpus y la

viabilidad del recurso de inconstitucionalidad contra las sentencias que dicten los tribunales superiores.

El capítulo I tiene vigencia en todo el país, pero la ley dispone que ello no obstará a la aplicación de las constituciones y leyes provinciales cuando ellas otorguen una protección más eficiente para la libertad tutelada por el hábeas corpus. En tales casos, y dentro de cada jurisdicción provincial, deberá darse preferencia a la ley local correspondiente.

#### 411. Orden de arresto y autoridad competente

La garantía constitucional del hábeas corpus funciona en aquellos supuestos en que se opera una lesión ilegal para la libertad física o ambulatoria de una persona. La Ley Fundamental, en su art. 18, condiciona la legalidad del acto restrictivo al cumplimiento de dos requisitos: 1) Una orden escrita; y 2) emanada de autoridad competente.

Cuando la Constitución dispone que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente no determina exactamente cuál es esa autoridad. Ello conduce a la necesidad de efectuar una interpretación teleológica y sistemática de la Ley Fundamental que permita concretar un equilibrio razonable entre la libertad individual y la protección que corresponde dispensar a la sociedad en función del bien común.

Los jueces de cualquier fuero, en el marco de sus respectivas competencias, pueden ordenar arrestos o restricciones específicas para la libertad ambulatoria de una persona. En tales casos, no es procedente la acción del hábeas corpus porque, al haber intervenido la autoridad judicial y al estar la persona sometida a la consideración de ella, se agota el objetivo del hábeas corpus, que es precisamente traer a una persona ante juez competente para que se pronuncie sobre la legalidad del acto restrictivo de su libertad física.

Es posible que la restricción a la libertad física fuera dispuesta por juez incompetente, o que su orden sea arbitraria o carente de legalidad. Sin embargo, en estas hipótesis no es viable la acción del hábeas corpus, por cuanto no se trata de un medio destinado a revisar decisiones judiciales. Si la restricción es arbitraria o ilegal, la resolución judicial que la imponga podrá ser cuestionada por las vías procesales ordinarias.

Además de la autoridad judicial, también son competentes para disponer restricciones a la libertad física de las personas todas aquellas autoridades que están facultadas por la Constitución y sus leyes reglamentarias.

Entre las primeras, cabe citar al presidente de la República, quien, bajo la vigencia del estado de sitio previsto en el art. 23 de la Constitución, puede arrestar o trasladar a las personas de un punto a otro del país, sin perjuicio del control judicial de razonabilidad.

Entre las segundas, están comprendidos todas aquellas personas u organismos que, por disposición de la ley, revisten el carácter de autoridad competente. Tal

calidad la presentan las cámaras del Congreso, sus comisiones ordinarias y especiales debidamente facultadas, la autoridad policial en el ejercicio de sus funciones legales, la autoridad militar, las fuerzas de seguridad, los organismos dependientes del poder ejecutivo, y hasta todo particular en casos de in fraganti delito .

Lo que se requiere en todos los casos es la autorización legal y que la restricción a la libertad física o ambulatoria no revista el carácter de sanción definitiva aplicada sin la debida intervención de un organismo judicial. Además, una vez hecha efectiva la restricción a la libertad, corresponde dar inmediata intervención a la autoridad judicial.

El art. 18 de la Ley Fundamental exige que la restricción a la libertad física sea dispuesta por autoridad competente y, además, que la orden se formule por escrito.

Sin embargo, se ha entendido que la exigencia de la forma escrita no es indispensable cuando existen razones de orden práctico que justifiquen razonablemente prescindir de ella.

#### 412. Tipología del hábeas corpus

En su forma tradicional, la garantía del hábeas corpus tenía un carácter reparador, porque se aplicaba en aquellos casos en que una persona había sido privada de su libertad sin orden emanada de autoridad competente. Mediante la intervención judicial se disponía la inmediata libertad de la persona detenida sin causa legal.

Con el propósito de brindar una protección más amplia a la libertad física y ambulatoria de las personas, que se adecua plenamente a los fines personalistas de la Ley Fundamental, la aplicación de la garantía constitucional fue extendida a otras hipótesis. Ellas son el hábeas corpus preventivo, el correctivo y el restringido que prevé el art. 43 de la Ley Fundamental.

El hábeas corpus preventivo, que está contemplado expresamente en la ley 23.098, se aplica en aquellos casos en que existe una amenaza sobre la libertad física o ambulatoria de una persona que, debido a su inminencia y seriedad, justifican la intervención judicial para evitar la comisión de un acto restrictivo de aquélla, carente de causa legal.

El hábeas corpus correctivo, que puede ser reparador o preventivo, se aplica en aquellos casos en que una persona, cuya libertad física o ambulatoria ha sido restringida conforme a derecho, es sometida ilegalmente a una situación agravada respecto de aquella en que tendría que encontrarse.

El hábeas corpus restringido, que también puede ser reparador o preventivo, funciona frente a todos los actos ilegales que, sin llegar al extremo de privar de su libertad física a una persona, configuran restricciones para su libertad ambulatoria. Tal es lo que acontece con la prohibición de acceder a determinados lugares, de ser sometido a vigilancias y seguimientos, o el deber de trasladarse a

ciertos sitios, cuando tales actos perturban la libertad ambulatoria de una persona sin que exista causa legal que los justifique.

#### 413. Hábeas corpus y estado de sitio

Entendemos que la facultad de declarar el estado de sitio prevista en el art. 23 de la Constitución se concreta en un acto político que, en principio (11) , no es susceptible de revisión judicial. La necesidad, oportunidad, alcances y razones políticas que motivan la decisión de los órganos constitucionalmente competentes para declarar el estado de sitio, no pueden ser revisados por el poder judicial sin alterar el equilibrio resultante de la doctrina de la división de los poderes constituidos.

Sin embargo, los actos concretos dictados bajo la vigencia del estado de sitio, en la medida en que lesionen de manera arbitraria o irrazonable los derechos subjetivos de alguna persona, sí son susceptibles de revisión judicial, por aplicación de la técnica del control de constitucionalidad y por expresa disposición del art. 43 de la Ley Fundamental.

El art. 23 de la Ley Fundamental dispone que durante el estado de sitio el presidente de la República no puede condenar por sí ni aplicar penas, y que su poder respecto de las personas se limitará al de arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio del país. Declarado el estado de sitio, el presidente reviste el carácter de autoridad competente para limitar, total o parcialmente, la libertad física o ambulatoria de las personas. Pero, en cada caso concreto, el ejercicio de esa facultad estará sujeto al control de constitucionalidad en la medida en que lesione arbitrariamente la libertad física de una persona, tal como lo dispone el art. 43 de la Constitución.

Eso significa que la garantía del hábeas corpus no queda suspendida durante el estado de sitio y que puede lograr la libertad de la persona detenida, si en el caso concreto no se advierte una relación de causalidad y de razonabilidad o proporcionalidad en la medida.

#### 414. Legitimación para promover la acción de hábeas corpus

El art. 43 de la Constitución establece que la acción de hábeas corpus puede ser interpuesta por la persona directamente interesada en tutelar su libertad física o ambulatoria, o por cualquier otra persona que lo realice en su favor. Similar criterio sigue la ley 23.098.

La necesidad de preservar la libertad corporal de las personas justifica plenamente la solución legal. Ella impide toda dilación o negativa de índole procesal para sustanciar la acción de hábeas corpus fundada sobre el interés legítimo o la personería del peticionario.

#### 415. Declaración de inconstitucionalidad y actuación de oficio

La ley 23.098 faculta a los jueces para declarar de oficio, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de una norma cuando la limitación de la libertad se concreta

en virtud de orden escrita de una autoridad que obra sobre la base de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.

La norma consagró legislativamente dos innovaciones sumamente eficaces para preservar la libertad y la constitucionalidad del orden jurídico. Una de ellas consiste en legalizar el ejercicio del control de constitucionalidad en el marco de un proceso sumarísimo como lo es el del hábeas corpus. La otra consiste en facultar a los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma o de un acto, es decir, aunque no medie petición de parte interesada.

#### 416. Recurso extraordinario

La Constitución Nacional, para hacer efectivo el principio de la supremacía constitucional establecido por su art. 31, atribuye al poder judicial el ejercicio del control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos, ordenanzas y restantes normas jurídicas emanadas de las autoridades nacionales, provinciales y municipales.

Se trata de un sistema difuso de control judicial, que faculta a todos los magistrados judiciales, tanto nacionales como provinciales y cualquiera sea su jerarquía, para verificar, en los casos concretos sometidos a su consideración, si las normas jurídicas aplicables a ellos se adecuan o no a las prescripciones constitucionales.

El orden jerárquico que la Constitución prevé para el poder judicial se traduce en la existencia de una Corte Suprema, concebida como la cima de la estructura judicial, y tribunales inferiores a ella cuya creación y regulación en orden a su jerarquía, jurisdicción, competencia, funcionamiento y calidades que deben reunir sus componentes, es determinada por la ley.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce sus funciones jurisdiccionales de manera originaria o por vía de apelación.

Ella interviene en todos los casos de competencia federal previstos por el art. 116 de la Constitución, debiendo hacerlo de manera originaria y exclusiva en los supuestos citados por el art. 117, mientras que en las restantes hipótesis lo hará por vía de apelación según las reglas y excepciones que establezca la ley.

Entre esos recursos de apelación se encuentra el llamado recurso extraordinario que, si bien no está previsto expresamente en la Ley Fundamental, tiene su fundamento en el art. 31. Es un medio específico, aunque no único, para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución mediante la aplicación del principio de la supremacía constitucional.

El recurso extraordinario tiene por objeto garantizar la supremacía de la Constitución en materia federal mediante el ejercicio de la función jurisdiccional por la Corte Suprema, ya sea a través de la interpretación constitucional que debe servir de marco para resolver un caso concreto, o mediante la descalificación de la constitucionalidad de una norma que pretende ser aplicada para resolver el caso.

Sus características esenciales pueden ser sistematizadas en las siguientes:

1) El recurso extraordinario no es una acción judicial, sino una vía procesal de apelación para impugnar ante la Corte Suprema la validez total o parcial de las sentencias dictadas en materia federal por los tribunales judiciales inferiores, aunque su campo de aplicación también puede extenderse a las resoluciones emanadas de los organismos administrativos.

2) Es un recurso de apelación, de manera que la Corte Suprema no ejerce sus funciones jurisdiccionales en forma originaria.

3) Como recurso de apelación, no es de carácter ordinario sino extraordinario. Su viabilidad es restrictiva, excepcional y reservada a la materia federal controvertida. No es un recurso común o genérico, aunque la Corte Suprema de Justicia ha ampliado la regulación normativa y extendió la aplicación del recurso extraordinario a las sentencias arbitrarias y a los casos de gravedad institucional.

4) A igual que en todos aquellos casos en que una sentencia judicial descalifica la validez constitucional de una norma de jerarquía inferior, el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema en el marco del recurso extraordinario no deroga la norma cuestionada, sino que se limita a negar su aplicación al caso concreto. Sus efectos, en principio, no son erga omnes sino limitados a las partes, y la norma conserva su vigencia formal.

5) En principio, la sentencia dictada por la Corte en el procedimiento del recurso extraordinario se limita a expedirse sobre la validez del pronunciamiento cuestionado. Si se aceptan los agravios planteados, la Corte ordenará la remisión de las actuaciones judiciales al tribunal inferior competente para que dicte nueva sentencia conforme a la doctrina o lineamientos por ella establecidos. Sin embargo, cuando se trata de la simple ejecución de un fallo, o debido a la importancia y gravedad de los intereses comprometidos, o cuando el transcurso del tiempo genere un perjuicio irreparable para los derechos reconocidos en juicio, o si el recurso se interpuso por el incumplimiento del tribunal inferior de la orden impartida por la Corte en un recurso extraordinario anterior y en la misma causa judicial, puede el Alto Tribunal resolver sobre el fondo del asunto y regular así sus aspectos de hecho y de derecho no federal.

#### 417. Regulación legislativa del recurso extraordinario

La ley 48, promulgada el 14/9/1863, contiene las disposiciones básicas que regulan normativamente el recurso extraordinario.

El art. 14 de la ley establece: "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:

"1) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

"2) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

"3) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

El art. 15, a su turno, 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 su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia 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 inciso 12, artículo 75 de la Constitución".

Finalmente, el art. 16 de la ley 48 indica que "En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaración sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón".

También existen otras normas que complementan sus aspectos procesales. Así, con referencia a la jurisdicción federal, el art. 6º de la ley 4055 dispone que "La Corte Suprema conocerá por último, en grado de apelación, de las sentencias definitivas pronunciadas por las Cámaras Federales de Apelación; por las Cámaras de Apelación de la Capital; por los tribunales superiores de provincias y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el artículo 14 de la ley 48 del 14 de septiembre de 1863".

El procedimiento judicial por el cual se sustancia la tramitación del recurso extraordinario está previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la siguiente manera:

1) El recurso extraordinario debe ser interpuesto ante el tribunal judicial u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva y dentro del plazo de diez días desde su notificación.

2) Del recurso extraordinario interpuesto se dará traslado a las partes interesadas por diez días, mediante notificación personal o por cédula.

3) Contestado el traslado, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad del recurso. Si lo concede, previa notificación de su decisión por cédula o en forma personal, deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema dentro de los cinco días de efectuada la última notificación.

4) Si la sentencia recurrida fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso extraordinario, el apelado podrá solicitar la ejecución de aquélla, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Suprema Corte.

5) Si el tribunal no concede el recurso extraordinario, el interesado podrá interponer recurso de queja por denegación del extraordinario, directamente ante la Corte Suprema y dentro de los cinco días de haber sido notificado de la denegatoria. El recurso de queja debe tener fundamentación autónoma, pero tal exigencia cede cuando se acompañan copias del recurso extraordinario denegado y demás elementos que permitan al tribunal resolver sobre la viabilidad del recurso (12).

6) La Corte Suprema podrá desestimar el recurso de queja sin más trámite y exigir la presentación de copias de las actuaciones o la remisión del expediente, pero mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso, a menos que se disponga lo contrario.

7) Concedido el recurso extraordinario, la recepción de la causa por la Corte Suprema implicará el llamamiento de autos para sentencia.

8) Concedido el recurso extraordinario o interpuesto el recurso de queja por denegación del extraordinario, la Corte Suprema podrá, según su sana discreción y con la sola invocación de esta facultad, rechazar el recurso extraordinario o de queja por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

9) Si se declara procedente el recurso extraordinario o la queja y la Corte Suprema resuelve revocar la sentencia recurrida, será aplicable el art. 16 de la ley 48.

#### 418. Requisitos del recurso extraordinario

Los requisitos que condicionan la procedencia del recurso extraordinario se clasifican en comunes y especiales.

Los requisitos comunes son aquellos cuyo cumplimiento se impone en todo proceso judicial donde se pretende aplicar el control de constitucionalidad para preservar el principio de la supremacía de la Constitución. Son requisitos comunes:

1) Causa judicial.

2) Petición de parte.

3) Interés legítimo en la petición.

4) Inexistencia de una cuestión política.

Los requisitos especiales o específicos del recurso extraordinario, son todos aquellos que se añaden a los comunes como consecuencia de la naturaleza particular de este recurso de apelación. Son requisitos especiales:

1) Cuestión federal o constitucional.



2) Relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia debatida en el juicio.

3) La resolución objeto del recurso extraordinario debe ser contraria al derecho federal invocado.

4) La resolución recurrida debe ser una sentencia definitiva, en el sentido de no ser susceptible de revisión por otro organismo judicial en el mismo juicio, o de resolver el caso de una manera que no pueda ser revisada en un juicio posterior.

5) La sentencia definitiva objeto del recurso extraordinario debe emanar del tribunal superior de la causa.

A los requisitos comunes y propios, tanto del recurso extraordinario como del recurso de queja por denegación del extraordinario, la Corte Suprema añadió otros que no están explícitamente contemplados por las leyes reglamentarias.

Tal es lo que resulta de la acordada 4/2007, de 16/3/2007, cuya finalidad respondió al propósito de reducir la cantidad de causas que tramitan ante el Tribunal, como también a la conveniencia de imponer diversos recaudos formales y sustanciales cuyo cumplimiento condiciona la tramitación de aquellos recursos. Si bien la Corte Suprema declaró la validez constitucional de tal acordada, y si bien es cierto que muchas de sus normas responden al principio de razonabilidad, consideramos que se plantean serias dudas sobre semejante conclusión en la medida que el Alto Tribunal se habría arrogado potestades legislativas de índole procesal cuya emisión está reservada al Congreso de la Nación (art. 75, incs. 12 y 32 CN).

#### 419. Requisitos comunes

La procedencia del recurso extraordinario está condicionada a la existencia de un juicio, caso, causa o pleito en el cual se analizan materias regidas por la Ley Fundamental, o las normas jerárquicamente inferiores a ella, y cuya resolución será efectuada aplicando tales disposiciones con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. No es necesario que esa resolución se dicte en un proceso contencioso o contradictorio, ni que su autor sea un organismo judicial.

La sustanciación del recurso extraordinario requiere la previa petición de parte interesada (13) . Es necesario que exista un juicio previo y que alguna de las partes en ese juicio solicite la intervención de la Corte Suprema mediante la presentación del recurso extraordinario de apelación en tiempo oportuno. El recurso extraordinario no puede ser planteado en cualquier momento, sino en la etapa procesal y dentro de los plazos establecidos por la ley. Tampoco puede ser introducido por cualquier persona, sino solamente por aquella que revista la condición de parte en el proceso.

Ambos principios admiten excepciones. La Corte Suprema acepta que el recurso extraordinario sea interpuesto por terceros si la sentencia dictada, sin intervención de ellos, afecta sus intereses legítimos. Pero si el recurso extraordinario es interpuesto sin firma de parte, ella no puede ser suplida por su

letrado ni convalidada mediante una presentación posterior. En principio, la Corte Suprema no admite que una de las partes se adhiera al recurso extraordinario planteado por otra (14) . Consideramos que la adhesión es válida si el recurso extraordinario ya fue presentado con el conocimiento del adherente. En tal sentido la Corte resolvió que, si en un otrosí digo, una de las partes se adhiere al recurso extraordinario presentado por otra, esa adhesión es válida (15) . Claro está que deberá acompañarse la carátula exigida por la acordada 4/2007.

Los plazos para el planteamiento de los recursos extraordinario y de queja también son, en principio, estrictos. Así, el plazo de diez días para interponer o contestar el recurso extraordinario no se suspende ni interrumpe por la interposición de otros recursos que sean declarados improcedentes por el tribunal de la causa. Los jueces provinciales no están habilitados para suspender o prorrogar los plazos de interposición del recurso de queja. Si por la morosidad de los tribunales locales o los feriados judiciales que se decreten no es posible obtener todos los elementos que deben acompañar el recurso de queja, el interesado debe plantearlo en el plazo legal ante la Corte y denunciar aquellas anomalías a fin de poder agregar la documentación complementaria (16) . Como excepción, en el caso "Cantero Timoteo" (17) , la Corte hizo lugar al recurso de reposición contra la denegación del recurso de queja por extemporáneo. Había sido presentado un minuto después de haber transcurridas las dos primeras horas hábiles del día posterior al vencimiento del plazo de cinco días. Se entendió que las razones de fuerza mayor invocadas por el presentante justificaban la excepción.

El pago o depósito del monto impositivo fijado para la sustanciación del recurso de queja es una condición ineludible de la cual solamente quedan eximidos los sujetos previstos por la ley. Entre tales sujetos no están comprendidos la Nación, los entes autárquicos, las provincias ni municipalidades. Sin embargo, sobre la base de las acordadas 66/1990 y 47/1991, la Corte Suprema los autoriza a diferir el pago del depósito si se imputa al presupuesto del próximo año y si, dentro de los cinco días, se acompaña la constancia de haber sido hecha esa previsión o de haber sido solicitada, sin que al respecto se admitan pedidos de prórroga a menos que se acredite un caso de fuerza mayor (18) .

La fundamentación autónoma que debe tener el recurso extraordinario no se puede subsanar mediante una presentación posterior al vencimiento del plazo para interponerlo (19) .

El recurso extraordinario se debe presentar ante el tribunal que dictó la sentencia recurrida. La presentación ante otro tribunal efectuada por error o ignorancia no subsana la falencia, a menos que antes del vencimiento del plazo legal se ponga tal hecho en conocimiento del tribunal competente y se le requiera la remisión de las actuaciones.

Interpuesto el recurso extraordinario los planteos de caducidad deben ser resueltos por el tribunal inferior hasta que acepte o rechace el recurso (20) . Pero una vez radicado el recurso extraordinario ante la Corte, no es viable el pedido de

caducidad de instancia, porque la recepción de la causa importa el llamamiento de autos para sentencia (arts. 280 y 313 del CPCC).

La sustanciación del recurso extraordinario requiere que la cuestión federal haya sido introducida por la parte en la primera oportunidad disponible a tal fin, ya sea con la demanda, con la contestación de la demanda o en el primer acto procesal posterior al surgimiento de la cuestión federal cuando ella sobreviene en el curso del juicio. Además de la oportuna introducción, la parte debe mantener la cuestión federal en el curso del proceso. Sobre el particular, no se exigen formas rigurosas, sino simplemente la clara manifestación de voluntad que no permita afirmar la existencia de un desistimiento.

Con respecto a los actos políticos, que importan el ejercicio de funciones que la Constitución atribuye exclusivamente a los órganos legislativo o ejecutivo, y que presuponen una decisión política en la cual se pondera la oportunidad y conveniencia del acto, no son revisables judicialmente, porque se estaría afectando el principio de la división de los poderes. Pero los efectos de tales actos, en la medida que carezcan de razonabilidad o lesionen arbitrariamente derechos subjetivos en el caso concreto, pueden ser objeto de revisión judicial.

El ámbito de las llamadas cuestiones políticas fue reducido sensiblemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ello no significa excluir dicha categoría, sino restringirla a aquellos supuestos en que se pondera una decisión política con prescindencia de sus efectos sobre derechos subjetivos legítimos. De manera tal que, si bien son actos políticos, entre otros casos, establecer una amnistía, disponer la intervención provincial, establecer el estado de sitio, remover a los magistrados judiciales o regular el sistema electoral, los efectos de esos actos son revisables judicialmente si, en el caso concreto, vulneran de modo arbitrario, ilegal o irrazonable derechos y garantías constitucionales.

#### 420. Cuestión federal

La procedencia del recurso extraordinario está condicionada a la existencia de una causa federal o constitucional directa. Se trata de un requisito legal ineludible que, sin embargo, y por obra de la jurisprudencia de la Corte Suprema, es prescindible en los casos de arbitrariedad de la sentencia o gravedad institucional, donde la manifestación de la cuestión federal es indirecta.

La cuestión constitucional o federal, como requisito especial del recurso extraordinario, consiste en aquellos casos donde se debate una cuestión de derecho que compromete la interpretación o la supremacía de la Constitución federal, ya sea en forma directa o indirecta.

Este requisito está contemplado en el art. 14 de la ley 48, al detallar las tres hipótesis de conflicto que suscitan en caso federal.

Sin embargo, conforme al art. 15 de la ley 48, corresponde excluir de ellas los casos que versan sobre la interpretación o aplicación que realice un tribunal provincial de los códigos civil, comercial, penal, de minería, de la legislación del trabajo y

seguridad social y, en general, de la llamada legislación común u ordinaria. Se trata de cuestiones previstas en el art. 75, inc. 12, de la Constitución que, aunque sean de derecho, no darán lugar a la sustanciación del recurso extraordinario. De todos modos, los alcances de esa restricción han sido atenuados considerablemente con la inclusión de las sentencias arbitrarias y los casos de gravedad institucional, entre las hipótesis que hacen viable el recurso extraordinario, cuando se manifiesta una cuestión federal indirecta.

La manifestación de la cuestión federal en el caso concreto no es suficiente para la sustanciación del recurso extraordinario cuando ella sea insustancial o carente de trascendencia. Se trata de una condición establecida por la jurisprudencia de la Corte Suprema y legalizada por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al disponer 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 resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

#### 421. Relación directa de la cuestión federal

La procedencia del recurso extraordinario está condicionada a que exista una relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia debatida en el juicio.

La relación debe ser de una entidad tal que no se pueda dictar sentencia en la causa sin haber agotado la consideración de la cuestión federal planteada. La declaración de inconstitucionalidad de una norma es una solución final y extrema, de la cual se debe prescindir cuando el caso pueda ser resuelto mediante la aplicación o interpretación de las normas y sin que sea necesario confrontar su eventual constitucionalidad.

Se trata de un requisito establecido por el art. 15 de la ley 48, que dispone que el fundamento del recurso debe surgir de los autos y tener una "relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa".

#### 422. Resolución contraria al derecho federal invocado

La sentencia objeto del recurso extraordinario debe ser contraria al derecho federal invocado.

La procedencia del recurso extraordinario requiere el debate en juicio de una cuestión federal y que la resolución apelada sea contraria al derecho federal invocado por la parte recurrente.

Se trata de un requisito impuesto expresamente por el art. 14 de la ley 48, que consiste en el desconocimiento del derecho federal, ya sea en forma explícita o tácita. Así, la omisión en la sentencia recurrida de la debida consideración del derecho federal invocado importa una resolución contraria a él.

#### 423. Sentencia definitiva

La sentencia objeto del recurso extraordinario debe revestir el carácter de definitiva.

Sentencia definitiva es aquella con la cual concluye un juicio y que impide su continuación, o la que ocasiona un gravamen que no puede ser reparado, de manera total o parcial, por una actividad jurisdiccional posterior. Es aquella que tiene fuerza de cosa juzgada formal y material y que no es susceptible de revisión por otro recurso que no sea el extraordinario previsto por el art. 14 de la ley 48.

A los fines del recurso extraordinario también revisten carácter definitivo aquellas resoluciones dictadas en el curso de un proceso que, si bien no determinan la conclusión del juicio, generan un perjuicio que, de manera total o parcial, resulta imposible subsanar en las etapas posteriores del juicio o mediante la sustanciación de un nuevo proceso.

La Corte Suprema tiene resuelto que no son sentencias definitivas las resoluciones que dejan firme el procesamiento de un imputado (21) ; la sentencia que resuelve llevar adelante la ejecución por el cobro de una multa porque la cuestión puede ser revisada en un juicio ordinario (22) ; la sentencia que rechaza una acción de amparo por entender que el tema en debate requiere un ámbito mayor de prueba y discusión (23) .

La sentencia definitiva debe tener fuerza de cosa juzgada formal y material, pero no se trata de un requisito ineludible. Aunque la sentencia no tenga fuerza de cosa juzgada material, tal como acontece con las sentencias que se dictan en los juicios ejecutivos, el recurso extraordinario será procedente si las consecuencias del pronunciamiento apelado no pueden ser revertidas en tiempo oportuno por la sentencia que se dicte en un juicio ordinario ulterior.

#### 424. Tribunal superior de la causa

La sentencia definitiva respecto de la cual se interpone el recurso extraordinario debe emanar del tribunal superior de la causa.

Conforme a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema a partir de los casos "Strada" (24) y "Di Mascio" (25) , tribunal superior de la causa es aquel que está habilitado, por las vías procesales ordinarias o extraordinarias, para resolver en forma definitiva la cuestión federal planteada, y sin que exista otro organismo judicial superior, con la salvedad de la Corte Suprema, que pueda revisar su sentencia.

En el ámbito provincial, el tribunal superior de la causa equivale al tribunal superior de la provincia, aunque la ley le niegue competencia para pronunciarse respecto de las cuestiones debatidas en juicio. Para la viabilidad del recurso extraordinario, deben ser agotados previamente todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos por la legislación provincial, al tiempo que carecen de validez aquellas normas locales que impidan la consideración de la cuestión federal planteada a los superiores tribunales de provincia.

Si la norma procesal impide el acceso al superior tribunal de provincia para resolver una cuestión, no estará agotada la vía previa al recurso extraordinario si no se plantea la inconstitucionalidad de aquella norma y ante aquel tribunal.

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia decidió que la Cámara Nacional de Casación Penal es el último tribunal de una causa penal (26) . Asimismo que, si contra la sentencia de la Cámara de Casación Penal se interpuso un recurso de inaplicabilidad, el recurso extraordinario no debe ser interpuesto contra la primera sentencia dictada por ese tribunal, sino contra el pronunciamiento en pleno de la Cámara (27) .

Si bien el art. 115 de la Constitución establece que las decisiones del jurado de enjuiciamiento son irrecurribles, ellas pueden ser objeto del recurso extraordinario si se violan las garantías del debido proceso legal (28) . Otro tanto las decisiones adoptadas por el Senado nacional, cuando actúa como tribunal de justicia en el juicio público que prevé el art. 59 de la Ley Fundamental (29).

#### 425. Sentencia arbitraria

Las cuestiones federales del art. 14 de la ley 48 son, fundamentalmente, cuestiones de derecho, y dentro de éste, son cuestiones de derecho federal. Quedan excluidas todas aquellas en las cuales no se encuentra involucrado el derecho federal, así como también las cuestiones de hecho y de prueba que se debaten en un proceso.

Sin embargo, y a partir del caso "Rey" (30) , resuelto el 2/12/1909, la Corte Suprema fue ampliando la procedencia del recurso extraordinario a cuestiones extrañas a una interpretación literal del art. 14 de la ley 48. Se trataba de casos en los cuales, si bien no aparecía comprometido en forma directa el derecho federal, la sentencia definitiva del tribunal vulneraba de manera arbitraria los derechos y garantías constitucionales.

Sentencia arbitraria es la que carece de razonabilidad, por no ser una consecuencia o derivación lógica de la debida consideración del tema debatido, del derecho invocado, del derecho aplicado, de los hechos que la motivan o de las pruebas producidas u ofrecidas.

Son numerosos los casos en que la Corte Suprema, para preservar el orden jurídico y la vigencia amplia de las libertades constitucionales, imprimió la tramitación del recurso extraordinario a procesos judiciales resueltos con sentencias definitivas arbitrarias.

Tales casos pueden ser sistematizados mediante la expresión de cuatro hipótesis:

- 1) Arbitrariedad por la conformación de la Litis.
- 2) Arbitrariedad en el análisis de los hechos.
- 3) Arbitrariedad en la consideración de las pruebas.
- 4) Arbitrariedad en la aplicación del derecho.

Por entender que medió una errónea aplicación del derecho vigente, o porque se incurrió en un exceso ritual manifiesto, la Corte Suprema de Justicia calificó de arbitraria la sentencia que dispuso aplicar retroactivamente el plazo de caducidad previsto por la Ley de Quiebras a un proceso que se regía por una ley anterior (31) ; la sentencia que ordenó el desglose de un recurso de apelación presentado sin patrocinio letrado, por no haber sido previamente formulada la intimación pertinente (32) ; la sentencia que rechazó la expresión de agravios presentada en la Mesa General de Entradas de la Cámara Civil que incurría en el error de individualizar el juzgado donde tramitaba el proceso y no la sala donde se hallaba radicado (33) ; las sentencias que rechazan los recursos extraordinarios desprovistos de fundamentación suficiente (34) .

Si bien, en principio, el recurso de revocatoria contra las sentencias de la Corte Suprema es improcedente, en algunos casos y en consideración de las circunstancias especiales presentadas, se admitió el recurso de reposición (35).

#### 426. Gravedad institucional

Además de la hipótesis de sentencia arbitraria, la Corte Suprema de Justicia también amplió la aplicación del recurso extraordinario a las cuestiones de gravedad institucional.

Hay gravedad institucional cuando en un juicio se debaten cuestiones institucionales de suma gravedad por su proyección inmediata o potencial sobre la sociedad, al superar los legítimos intereses de las partes en el proceso.

Cuando en un proceso la cuestión a resolver compromete, por sus efectos, las instituciones fundamentales de la Nación, tales como la libertad física de las personas, la libertad de prensa, la propiedad privada, el matrimonio, la relación familiar, el funcionamiento de las instituciones políticas, la moral y el orden público, la prestación de servicios públicos, el ejercicio del poder fiscal, el régimen federal, la doctrina de la división de los poderes, el proceso electoral, y cuando la sentencia que resuelve el caso reviste trascendental importancia por su proyección real o potencial sobre los valores sociales que determinan el comportamiento y la convivencia social, es procedente el recurso extraordinario aunque no se cumplan todos los requisitos legales que condicionan su viabilidad.

La arbitrariedad de la sentencia suple el recaudo de la cuestión federal. En cambio, la gravedad institucional, a tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema, suple no solamente los requisitos formales, sino también los sustanciales del recurso extraordinario. De todos modos, la envergadura y relevancia social de los temas debatidos siempre permitirán encontrar una relación directa o indirecta con una cuestión constitucional o federal, entendida no en el sentido restrictivo de la ley 48, sino en el sentido amplio y genérico de cuestión reglada por la Ley Fundamental.

#### 427. Acción de inconstitucionalidad

En el ordenamiento jurídico nacional, no está prevista una acción judicial destinada, exclusivamente, a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, ejecutiva o administrativa.

No hay una acción declarativa de inconstitucionalidad directa o pura mediante la cual, con prescindencia de los elementos que conforman una causa judicial, se permita el análisis sobre la validez o invalidez constitucional de una norma. Pero sí existen acciones con las cuales, dentro del debate propio de una causa judicial, se puede plantear la inconstitucionalidad de un precepto normativo.

Con tales características, cualquier acción judicial es idónea para alcanzar ese objetivo. Ejerciendo una acción ordinaria, sumaria, sumarísima, de amparo, hábeas corpus, hábeas data y la acción declarativa de certeza se puede reclamar y obtener esa declaración de inconstitucionalidad. Inclusive, en el marco de un proceso ejecutivo.

La acción declarativa de certeza, que prevé el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial, es una de las vías previstas para concretar el control de constitucionalidad, aunque la petición que canaliza no puede tener carácter abstracto o consultivo, sino que debe responder al propósito de remediar un perjuicio concreto como consecuencia del estado de incertidumbre que se proyecta sobre una relación jurídica por obra de una disposición normativa.

En materia constitucional, la procedencia de la acción requiere que, además de un caso o controversia, se cumplan ciertas condiciones:

- 1) Un estado de incertidumbre de una relación jurídica creado por una norma.
- 2) El estado de incertidumbre generado por la norma es susceptible de ocasionar un daño al accionante. La acción también es procedente si el daño se concretó total o parcialmente. Debe existir un interés jurídico suficiente en el accionante.
- 3) El daño debe ser real y concreto, ya que la acción debe versar sobre hechos efectivos y no meramente abstractos o teóricos (36) .
- 4) La acción es subsidiaria. No debe existir otra vía judicial para evitar el daño o ponerle fin inmediatamente. La subsidiariedad se presenta, aunque atenuada, frente a la acción de amparo (37) . Pero, cuando ésta no sea procedente por haber vencido el plazo para su interposición, o porque la cuestión constitucional no es manifiestamente arbitraria, o porque se requiere un debate más amplio al que permite la acción de amparo, es procedente la vía de la acción declarativa de certeza.
- 5) Se debe plantear la inconstitucionalidad de la norma que trae aparejada la incertidumbre y el daño consecuente.

Promovida la acción, el juez puede disponer que se le imprima el trámite sumarísimo, sumario u ordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.

Los lineamientos de la acción declarativa de certeza, cuando se cuestiona la validez de una norma jurídica, han sido precisados por la Corte Suprema de Justicia.

No hay causa judicial cuando se requiere una declaración general y directa sobre la inconstitucionalidad de las normas o actos emitidos por los órganos del gobierno. La admisión de acciones de inconstitucionalidad, como la acción de certeza, de amparo o el juicio sumario en materia constitucional no puede prescindir de una causa de carácter contencioso. Las peticiones abstractas y generales de inconstitucionalidad no son contenciosas por estar desprovistas de un interés inmediato y directo del accionante que demanda la inconstitucionalidad (38) .

Es procedente la acción declarativa de certeza para demandar la inconstitucionalidad de una ley provincial que versa sobre una materia federal, para impedir que se aplique en el futuro para fijar las modalidades de la relación jurídica que tendrá el peticionario con terceros. La ley provincial, al regular una materia federal, vulnera los arts. 75, inc. 12, y 121 de la Constitución, así como también el principio de supremacía que establece su art. 31 (39).

#### 428. Certiorari

El certiorari y el per saltum guardan estrecha relación con la gravedad institucional, aunque se trata de instituciones procesales que pueden funcionar fuera del marco de un recurso extraordinario propiamente dicho.

En los Estados Unidos, el writ of certiorari , tal como fue contemplado a partir del Judiciary Act de 1925, tiene por finalidad fortalecer la jefatura de su Corte Suprema sobre el Poder Judicial, así como también incrementar su valoración y respeto, no solamente por los restantes órganos gubernamentales, sino sustancialmente por la ciudadanía.

Su aplicación, que es potestativa de la Suprema Corte, se concreta en aquellos casos que, no obstante estar excluidos de las vías recursivas ordinarias ante ese tribunal, son seleccionados por ella en atención a su importancia pública. No se trata de una vía procesal ordinaria, sino extraordinaria y librada al arbitrio de la Suprema Corte, cuya denegatoria no requiere fundamentación.

El tratamiento del certiorari , que requiere del voto de cuatro miembros del tribunal, se visualiza usualmente en aquellos casos donde el gobierno federal es parte y peticionario del certiorari , conflictos entre los gobiernos estatales o entre éstos y el gobierno federal, atentados graves contra las libertades civiles y todas aquellas controversias de significativa proyección política en la sociedad.

En la Argentina, aunque con características diferentes, el certiorari fue introducido por la ley 23.774, que modificó el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial.

Su finalidad es similar a la del writ of certiorari de los Estados Unidos de América: Limitar la intervención del superior tribunal de justicia a los casos establecidos en la Constitución y a aquellos que revistan particular relevancia institucional.

En esa tesis se enrolaron los constituyentes de 1853/60. El art. 116 establece cuáles son las causas en que puede intervenir la Corte Suprema de Justicia. Por su parte, el art. 117 dispone que el Congreso determinará en cuáles de esas causas la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación.

El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial, con referencia exclusivamente al recurso extraordinario, establece que "La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaron insustanciales o carentes de trascendencia". El art. 285 extiende la aplicación de esa norma al recurso de queja por denegación del extraordinario.

La facultad de la Corte Suprema para determinar cuándo una cuestión es insustancial o intrascendente es absolutamente discrecional. Aunque, subjetivamente y en algún caso concreto, la decisión nos parezca arbitraria, constitucionalmente no lo será porque ella le asignó, a la Corte Suprema de Justicia, el carácter de intérprete final de la Constitución, de los tratados y de las leyes.

#### 429. Per saltum

La institución del per saltum consiste en la facultad de avocación de la Corte Suprema de Justicia en aquellos procesos carentes de una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa. Su objeto reside en obviar una o varias instancias previstas por la ley antes de ser viable la intervención en la causa de la Corte Suprema, por circunstancias especiales que configuran una hipótesis de gravedad institucional.

La primera vez que se planteó la aplicabilidad del per saltum fue en el caso "Dromi", resuelto el 6/9/1990(40) .

Un diputado nacional promovió la acción de amparo contra el Estado nacional durante la etapa de privatización de la empresa Aerolíneas Argentinas, mediante el cual requirió que su forma societaria adecuara al art. 6º de la ley 23.696. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda.

El Poder Ejecutivo, antes de dictarse la sentencia, requirió la avocación de la Corte Suprema en virtud de aducir razones de gravedad institucional y, después de ella, presentó un recurso de apelación. El 13/7/1990 la Corte aceptó la presentación directa y dispuso la suspensión de la sentencia que, finalmente, fue revocada el 6 de septiembre de ese año.

Los jueces Levene, Cavagna Martínez, Barra y Petracchi aceptaron el per saltum . Por su parte, los ministros Nazareno y Moliné O'Connor revocaron la sentencia, pero por alegar la incompetencia del juez de primera instancia, mientras que el ministro Fayt propició el rechazo del recurso.

En el caso "González" (41) , del 27/11/1990, fue nuevamente invocado el per saltum ante la Corte Suprema de Justicia. El Banco Central había adoptado ciertas decisiones que conducían a la intervención y liquidación del Banco Popular. Éste se presentó ante un juez federal requiriendo una medida cautelar por la cual se

prohibía al Banco Central dictar medidas que obstruyeran su funcionamiento, las cuales fueron concedidas. El Banco Central interpuso un recurso ordinario de apelación ante la Cámara Federal, y solicitó directamente a la Corte que, por vía del *per saltum*, dejara sin efecto la decisión judicial.

Los ministros Levene, Cavagna Martínez y Petracchi, al rechazar el pedido, sostuvieron que la resolución impugnada debía ser resuelta por la Cámara Federal porque, además de ser inviable el recurso extraordinario al no haber una sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, no se presentaba en el caso una hipótesis de gravedad institucional como en la causa "Dromi".

Para el ministro Belluscio el rechazo obedecía al incumplimiento de los requisitos que condicionaban el recurso extraordinario.

Los ministros Fayt, Nazareno y Moliné O'Connor, sin dar curso al *per saltum*, revocaron la medida cautelar por una razón de competencia. Consideraron que el órgano competente para revisar los actos jurisdiccionales del Banco Central era la Cámara Federal y no un juez de primera instancia.

En el caso "Reiriz" (42), resuelto el 6/12/1994, también fue considerada la viabilidad del *per saltum*.

En una causa de relevante interés público sobre contrabando y tráfico de estupefacientes, conocida con el nombre de "Operación Langostino", el juez en lo penal económico dispuso la excarcelación de los imputados. Contra dicha medida, la Procuración General de la Nación y el fiscal de Cámara plantearon directamente un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia y un recurso ordinario ante la Cámara Federal. La mayoría resolvió suspender la excarcelación.

Los ministros Moliné O'Connor, Boggiano y López consideraron que correspondía prescindir de los recaudos establecidos para la procedencia del recurso extraordinario, porque el cumplimiento de la resolución apelada podía acarrear daños de imposible reparación ulterior.

Los ministros Nazareno y Levene también propiciaron la suspensión de la sentencia por razones similares.

El ministro Petracchi compartió los argumentos expuestos. Pero, añadió que era viable el *per saltum* y, sin perjuicio de suspender la excarcelación, solicitó la remisión de los autos principales para resolver el caso.

En disidencia, los ministros Belluscio y Bossert propiciaron el rechazo del *per saltum* porque no había una cuestión federal ni se cumplían las condiciones para la procedencia del recurso extraordinario. Similar postura adoptó el ministro Fayt.

La Corte Suprema de Justicia no ha sido proclive a aceptar el *per saltum*, con la salvedad de los votos de algunos de sus integrantes.

El 2/11/2001 se dictó el decreto 1387/01 con fundamento en la delegación legislativa dispuesta por la ley 25.414. Dicha norma incorporó el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial que autorizó el *per saltum* respecto de medidas

cautelares cuyo dictado podía obstaculizar o perturbar el desenvolvimiento de las actividades esenciales de entidades estatales. Éstas podían recurrir directamente ante la Corte Suprema, la cual estaba habilitada para desestimar el pedido o requerir el expediente judicial, en cuyo caso la recepción de las actuaciones implicaba el llamamiento de autos para sentencia debiendo la Corte confirmar o revocar la medida.

Sobre la base de esta norma, la Corte Suprema intervino en el caso "Kiper"(43) y revocó una medida cautelar dictada contra el Poder Ejecutivo y en la persona del Banco de la Ciudad de Buenos Aires.

El art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial fue modificado el 6/1/2002, por la ley 25.561. Establecía que el *per saltum* era viable contra medidas cautelares que afectaban no solamente al Estado nacional, sino también a las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las municipalidades, a sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o a entidades que desarrollaban alguna actividad de interés estatal.

Sobre la base de esta norma, la Corte resolvió el 1/2/2002 el caso "Smith"(44). No solamente confirmó la medida cautelar dispuesta por un juez federal, sino que también resolvió el fondo de la cuestión al declarar, para el caso concreto, la inconstitucionalidad del decreto 1570/01 y de las normas restrictivas del derecho de propiedad privada, emitidas sobre la base de la ley 25.561 de Emergencia Pública, que había sido sancionada el 6/1/2002 (45).

La postura adversa a los intereses del Poder Ejecutivo que había adoptado la Corte en el caso "Smith" determinó la derogación del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial el 26/4/2002, por la ley 25.587.

La validez constitucional del *per saltum* ha sido cuestionada, en tanto su vigencia no está avalada por una ley del Congreso.

#### 430. Amicus curiae

Los antecedentes del *amicus curiae*, o amigo del tribunal, son remotos e imprecisos. Se suele hacer referencia al derecho romano y, con mayor precisión, al derecho anglosajón. Pero lo cierto es que esta institución surgió en los Estados Unidos por vía jurisprudencial, para luego ser objeto de una regulación legislativa.

El *amicus curiae* es una persona física o jurídica que se presenta espontáneamente en una causa judicial con el objeto de aportar argumentos, fundamentalmente jurídicos o científicos, para que la labor del tribunal disponga de mayores elementos a los introducidos por las partes. Su propósito es brindar una colaboración al tribunal para facilitar la solución de la controversia suscitada.

Su actuación se concreta, usualmente, en cuestiones de interés público o institucional por la naturaleza de las materias en debate o por las características que presentan las partes intervinientes. Su aporte puede ser imparcial e ilustrativo, pero no existen reparos para que esté encaminado a fortalecer la postura jurídica de alguna de las partes.

La intervención del amicus curiae es usual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque ella se concreta en la etapa final del proceso, con características similares a las de un alegato.

El amicus curiae fue reconocido por las leyes 24.888 y 25.875, aunque circunscripto a casos especiales. El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto está facultado para intervenir como amicus curiae cuando se promueve una demanda contra un Estado extranjero (ley 24.888). Asimismo, el procurador penitenciario puede presentarse ante los jueces a cuya disposición se encuentra un interno para emitir su opinión sobre cuestiones de hecho o derecho.

Mediante la acordada 28, del 14/7/2004, la Corte Suprema reglamentó el funcionamiento de esta institución ante el tribunal.

El amigo del tribunal no reviste carácter de parte en el proceso ni puede asumir alguno de los derechos procesales que correspondan a éstas. Como no es parte, su actuación no devenga costas ni honorarios judiciales.

Sin perjuicio de la eventual reglamentación legal del amicus curiae a nivel nacional, el basamento constitucional de la acordada 28 de la Corte Suprema de Justicia resulta del art. 113 de la Ley Fundamental.

Siguiendo los lineamientos de dicha acordada, la figura del amicus curiae fue receptada por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza por vía jurisprudencial, y anteriormente, por sentencia del 2/9/2004, por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. A su vez, la Cámara Nacional Electoral, mediante la acordada 85/2007, aprobó la reglamentación sobre la intervención de los amigos del tribunal ante dicha Cámara.

(1) Fallos CS 168:15, del 5/4/1933.

(2) Fallos CS 239:461.

(3) Fallos CS 241:296.

(4) Fallos CS 267:215 y 269:396.

(5) Fallos CS 313:1513. LA LEY, 1991-C, 158.

(6) Fallos CS 325:28; 326:417.

(7) Fallos CS 329:4593.

(8) LA LEY, 10/3/2009.

(9) Fallos CS 241:296.

(10) Fallos CS 323:4098.

(11) Fallos CS 282:396.

(12) Fallos CS 296:211, caso "Trevisán".

(13) Fallos CS 190:149.

(14) Fallos CS 209:28; 322:523.

(15) Fallos CS 328:3390, caso "Rodríguez de Tamarit".

(16) Fallos CS 328:1816 y 4021.

(17) Fallos CS 328:271.

(18) Fallos CS 328:385 y 3290.

(19) Fallos CS 328:3950.

(20) Fallos CS 328:239.

(21) Fallos CS 326:2248.

(22) Fallos CS 326:2171.

(23) Fallos CS 326:3720.

(24) Fallos CS 308:490. LA LEY, 1986-B, 476.

(25) Fallos CS 311:2478. LA LEY, 1989-B, 417.

(26) Fallos CS 326:1053 y 3988.

(27) Fallos CS 326:3842.

(28) Fallos CS 326:183 y 4816.

(29) Fallos CS 308:2609; 311:200; 327:1914.

(30) Fallos CS 112:384.

(31) Fallos CS 326:2546.

(32) Fallos CS 326:697.

(33) Fallos CS 326:2246.

(34) Fallos CS 326:3381.

(35) Fallos CS 326:380, 730, 1080 y 4371.

(36) Fallos CS 324:2315.

(37) Fallos CS 320:690.

(38) Fallos CS 307:2384.

(39) Fallos CS 308:2569.

(40) Fallos CS 313:863. LA LEY, 1990-E, 97.

(41) Fallos CS 313:1242.

(42) Fallos CS 317:1690. LA LEY, 1994-E, 520 - DJ, 1995-1-177.

(43) Fallos CS 324:4520.

(44) Fallos CS 325:28. LA LEY, 2002-A, 770 - DJ, 2002-1, 297.

(45) La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso "Smith" fue la causa desencadenante del juicio político que se promovió en 2002 contra todos los ministros de la Corte.

## CAPÍTULO XV

Las garantías institucionales

### SUMARIO

431. Estado de sitio.

432. Causales del estado de sitio.

433. Competencia para declarar el estado de sitio.

434. Duración del estado de sitio.

435. Efectos de la declaración del estado de sitio.

436. Derechos y garantías que no se suspenden.

437. Control de razonabilidad.

438. Arresto y traslado de personas.

439. Derecho de opción.

440. Intervención federal.

441. Regulación constitucional.

442. Causales de intervención federal.

443. Autoridad provincial habilitada para requerir la intervención.

444. Órgano competente para declarar la intervención.

445. Alcances y efectos de la intervención federal.

446. Emergencia y orden constitucional.

447. Estado de asamblea.

448. Ley marcial.

449. Régimen de emergencia y facultades extraordinarias.

450. Emergencia económica.

451. El orden constitucional.

452. Los actos de fuerza.

453. Consecuencias de los actos de fuerza.

454. El derecho de resistencia.

455. Delitos contra el Estado.

456. Ética pública.

457. Ley Nacional de Ética Pública.



#### 431. Estado de sitio

El estado de sitio es una garantía constitucional de carácter extraordinario, cuya finalidad es la de preservar la vigencia del sistema constitucional frente a situaciones graves de emergencia. Sin embargo, con lamentable frecuencia, fue y es el instrumento legal empleado con mayor asiduidad para permitir la concreción de los más aberrantes atentados contra la libertad, lo que desarticula su finalidad constitucional.

No se trata de una garantía individual y directa de las libertades constitucionales sino de una garantía institucional que, a través de una limitación parcial y de interpretación esencialmente restrictiva de las garantías constitucionales individuales, procura defender el sistema político en situaciones graves y anómalas que no pueden ser remediadas mediante la aplicación de remedios ordinarios.

Como instrumento extraordinario destinado a defender en forma directa el sistema constitucional y de manera indirecta las libertades constitucionales, el estado de sitio está previsto en los arts. 23, 61, 75 inc. 29 y 99, inc. 16, de la Ley Fundamental.

El art. 23 establece que en caso de conmoción interior o ataque exterior que pongan en peligro la vigencia de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará el estado de sitio en la provincia o territorio donde se produzca la perturbación del orden, quedando allí suspendidas las garantías constitucionales. Pero durante esa suspensión, no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

El art. 61 dispone que corresponde al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare el estado de sitio en uno o varios puntos de la República, en caso de ataque exterior.

El inc. 29 del art. 75 faculta al Congreso para declarar el estado de sitio en 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.

El inc. 16 del art. 99 prescribe que el presidente de la Nación puede declarar en estado de sitio uno o varios puntos del país en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior, solamente tiene esa facultad cuando el Congreso está en receso, porque se trata de una atribución que corresponde a ese organismo. En todos los casos, el presidente ejercerá esa potestad con las limitaciones prescriptas en el art. 23 de la Ley Fundamental.

Precisando su contenido, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de destacar que el estado de sitio, lejos de suspender la Constitución, se declara para defenderla (1), y que es un arma de defensa extraordinaria de la Ley Fundamental puesta en manos de los poderes políticos para que, en épocas también

extraordinarias, puedan defenderla de los peligros que la amenazan. Consiste en una legislación especial establecida en tiempos de paz por conmoción interior, para ser aplicada en los momentos de trastornos políticos y sociales como medio de asegurar el orden y la disciplina colectiva, en resguardo del imperio de la Constitución y, con ella, de la libertad y de las garantías individuales. Constituye un régimen de excepción y, por consiguiente, la interpretación de los poderes que por él se acuerdan debe hacerse restrictivamente (2).

El art. 23 no establece la suspensión de la Constitución, sino solamente de las garantías constitucionales, las cuales precisa en su última parte. De modo que bajo la vigencia del estado sitio subsisten la Constitución y las libertades que ella establece y las eventuales restricciones que se pretendan imponer a ellas deben ser interpretadas con criterio eminentemente restrictivo, así como también las facultades extraordinarias que durante su curso puede ejercer el presidente de la República.

#### 432. Causales del estado de sitio

Conforme al art. 23 de la Constitución Nacional, el estado de sitio solamente se puede declarar por dos razones:

- 1) Conmoción interior.
- 2) Ataque exterior.

En ambos casos, se requiere que los hechos tengan una magnitud tal que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella.

La declaración del estado de sitio es un acto esencialmente político y discrecional que no es susceptible de revisión judicial en lo que respecta a las causas y razones que fundamentaron su dictado.

Pero, tal como lo sostiene la moderna doctrina constitucional, el Poder Judicial es competente para controlar, en cada caso concreto, la razonabilidad de los actos particulares que se ejecutan con motivo de la vigencia del estado de sitio, sin que ello importe cuestionar la validez del acto general declarativo del estado de sitio.

Asimismo, y con respecto al control judicial de la legitimidad en la declaración del estado de sitio, previsto por el art. 4º de la ley 23.089, regulatorio del procedimiento del hábeas corpus, la Corte señaló que él se refiere a los requisitos de competencia y de forma, que incluyen lo relativo a las modalidades extrínsecas del acto declarativo del estado de sitio y a los posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, tales como el plazo de duración y la determinación del lugar sobre el cual se aplica. Pero ese control no abarca el examen de la apreciación política de los hechos determinantes del acto que declara el estado de sitio.

La expresión "conmoción interior" debe ser entendida en forma genérica y comprensiva de toda sublevación, levantamiento, tumulto, conflicto social, político

o económico que, por su envergadura y profundidad, pongan en peligro o hagan temer un peligro grave, serio e inminente para el orden constitucional.

La conmoción puede ser actual o potencial. El estado de sitio puede tener carácter represivo cuando su implantación obedece a una conmoción existente y en desarrollo, o preventivo cuando se declara con motivo de la percepción, seria y cierta, de que se producirá una situación de emergencia constitucional.

El concepto de ataque exterior define toda actividad que configure una situación de guerra internacional o de guerra civil gestada, proyectada o apoyada desde el exterior, aunque en tales actos no tengan participación alguna las autoridades de un Estado extranjero. El concepto clásico de guerra ha variado sensiblemente con motivo de las nuevas modalidades que han asumido las conflagraciones bélicas modernas. Así, el fenómeno del terrorismo o de la guerrilla no se limita al ámbito interior de un Estado, sino que es proyectado, fomentado y desarrollado desde el exterior, de modo que configura verdaderas hipótesis de ataque exterior.

El único caso en que la declaración del estado de sitio fue motivada por un ataque exterior se presentó el 16/4/1865, en oportunidad de la guerra con el Paraguay. El presidente Bartolomé Mitre declaró el estado de sitio y convocó inmediatamente al Senado, que prestó su acuerdo en mayo de ese año.

#### 433. Competencia para declarar el estado de sitio

La declaración del estado de sitio es una de las facultades propias del Gobierno federal que han sido delegadas por las provincias y que, por ende, ellas no pueden reasumir constitucionalmente.

El art. 75, inc. 29, de la Ley Fundamental, establece expresamente que es facultad del Congreso Nacional declarar el estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación. Asimismo, el art. 99, inc. 16, subraya que la declaración del estado de sitio es una atribución que corresponde al Congreso.

Con respecto a la autoridad federal competente para declarar el estado de sitio, la Constitución distingue según se trate de un caso de conmoción interior o de un ataque exterior.

Si la declaración del estado de sitio es con motivo de un caso de conmoción interior, el organismo competente será:

- 1) El Congreso Nacional (arts. 75, inc. 29, y 99, inc. 16, CN).
- 2) El presidente de la República durante el receso del Congreso (arts. 75, inc. 29, y 99, inc. 16, CN).

Si la declaración del estado de sitio es con motivo de un caso de ataque exterior, el organismo competente será:

- 1) El presidente de la República, con acuerdo del Senado y por un término limitado (arts. 61 y 99, inc. 16, CN).

- 2) El presidente de la República durante el receso del Congreso y por un término limitado (art. 99, inc. 16, CN).

Entendemos que el receso del Congreso se produce cuando sus cámaras no funcionan en algunas de las especies de sesiones previstas por la Constitución. Pero si ellas están reunidas en sesiones ordinarias, extraordinarias o de prórroga, el presidente de la República no podrá implantar el estado de sitio por su sola voluntad.

En la práctica constitucional han sido frecuentes los casos en que el Poder Ejecutivo declaró el estado de sitio sin intervención del Congreso y a pesar de encontrarse éste actuando en sesiones extraordinarias o de prórroga e, inclusive, en sesiones ordinarias.

#### 434. Duración del estado de sitio

El estado de sitio es una institución excepcional producida por una situación extraordinaria que altera sensiblemente las condiciones ordinarias bajo las cuales se desarrollaba la convivencia social y política.

Como remedio excepcional, concluye cuando son superadas las causas que lo motivan, o el plazo de su vigencia si no es prorrogado.

Para el caso de ataque exterior, el art. 99, inc. 16, dispone que el estado de sitio se debe declarar por un término limitado. Debe contar con un plazo máximo para evitar que la inoperancia del Congreso le permita al órgano ejecutivo proseguir dictando medidas excepcionales injustificadas.

Ese requisito no está previsto para el caso de conmoción interior. Sin embargo, una interpretación teleológica de la Ley Fundamental determina que la fijación del plazo también se impone en este supuesto. No resulta razonable que el Congreso deje librado al criterio del Poder Ejecutivo la duración de aquella situación extraordinaria porque corremos el riesgo de que lo extraordinario se transforme en ordinario.

Consideramos, compartiendo el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Granada" (3) , que la fijación del término condiciona la validez del estado de sitio y que éste debe ser breve, pues siempre cabe la posibilidad de disponer una prórroga.

#### 435. Efectos de la declaración del estado de sitio

Un tema sobre el cual no existe uniformidad en nuestra doctrina constitucional es el referente a los efectos de la declaración del estado de sitio.

El art. 23 de la Constitución prevé la suspensión de las garantías constitucionales , y agrega que el poder del presidente de la República "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". A su vez, el art. 99, inc. 16, establece que el presidente ejerce la facultad del estado de sitio "con las limitaciones prescriptas en el artículo 23".

La doctrina constitucional coincide al afirmar que el estado de sitio no suspende la Constitución y que las facultades concedidas al Poder Ejecutivo no pueden superar el límite establecido por el art. 29 de la Ley Fundamental. En consecuencia, esas facultades no pueden ser de aquellas que importen la concesión de la suma del poder público, ni otorgar sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los habitantes queden a merced de gobiernos o persona alguna.

Pero las posiciones difieren con respecto a los efectos que tiene la declaración del estado de sitio sobre los derechos y garantías de las personas.

Las distintas posturas doctrinarias pueden ser agrupadas en cuatro categorías:

- 1) Suspensión de todas las garantías y derechos constitucionales.
- 2) Suspensión de todas las garantías y libertades constitucionales, con exclusión de las referentes al funcionamiento de los poderes públicos.
- 3) Suspensión de aquellas garantías y libertades constitucionales cuyo ejercicio impida el logro de los objetivos perseguidos con la declaración del estado de sitio.
- 4) Suspensión únicamente de las garantías constitucionales relacionadas con la libertad física de las personas.

Rafael Bielsa sostenía que la declaración del estado de sitio restringía las libertades de locomoción, reunión, palabra, pero no abarcaba las libertades o derechos que se vinculaban a las de carácter político, como tampoco las garantías jurídicas concernientes a los derechos patrimoniales y de familia, tales como la propiedad y el matrimonio, ni las garantías jurisdiccionales. Entendía que, si bien los actos del Poder Ejecutivo no podían ser reglados de antemano, y aun cuando los tribunales no puedan juzgar los motivos que conducen a la declaración del estado de sitio, los actos concretos que se ejecuten como consecuencia de la declaración pueden ser impugnados judicialmente si carecen de justificación.

Esta doctrina, que limita los efectos del estado de sitio a los derechos y garantías individuales de carácter civil, y siempre que la suspensión sea efectivamente necesaria para alcanzar los objetivos perseguidos con aquella declaración, ha sido admitida en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia (4) y así constituye la doctrina jurisprudencial vigente.

Nos enrolamos en esta posición doctrinaria, compartiendo las opiniones sustentadas por Segundo V. Linares Quintana, Carlos Sánchez Viamonte, Juan Carlos Rébora y César Enrique Romero, entre otros.

Mediante la aplicación de la regla sistemática de interpretación, no es posible atribuir significados diferentes a las partes que integran el art. 23 de la Constitución, ni olvidar que la Constitución configura un sistema sujeto a una interpretación integral.

Al unir las partes que conforman este artículo, advertimos que las potestades extraordinarias acordadas por la Constitución al presidente de la República se proyectan sobre las garantías que hacen a la libertad personal de los individuos,

con las limitaciones prescriptas en él, tal como lo reitera en su parte final el art. 99, inc. 16, de la Ley Fundamental.

El art. 23 no hace referencia a derechos y libertades, sino a garantías. Se trata de conceptos que la Constitución distingue (arts. 14, 17, 18, 20, 26, 28, 32, 33, 37, 39, 41, 42 y 43 CN) y que no son sinónimos.

El art. 23 solamente menciona las garantías que tutelan a los derechos, para luego circunscribir el ámbito de esas garantías a las que se refieren a la libertad física.

Lo único que se ha querido suspender es la seguridad personal, y esa seguridad personal sólo se suspende para que el presidente de la República pueda detener y trasladar a las personas. Tal significado aparece fortalecido por la parte final del art. 23, que dice que, respecto de las personas, el poder del presidente de la República se limita al arresto o traslado, sin incluir otros derechos, libertades y garantías. Sólo ceden las garantías relacionadas con la libertad física y ambulatoria de las personas.

Se podrá alegar que la suspensión solamente se extiende sobre aquellos derechos y garantías cuyo decaimiento se imponga como medida eficaz y necesaria para superar la conmoción interna o repeler el ataque externo. Sin embargo, esa solución no emana del texto constitucional, que se refiere a las garantías constitucionales y, entre ellas, a las relacionadas con la libertad física de las personas.

Si bien no es ésta la doctrina aceptada por la Corte Suprema de Justicia, consideramos que el estado de sitio solamente suspende la garantía de la libertad física de las personas, con sujeción al control de razonabilidad por los organismos judiciales.

Si la gravedad de la emergencia hace necesario adoptar medidas restrictivas para los derechos y libertades constitucionales, aunque no suspensivas de ellos, la solución reside en ejercer las facultades que la Ley Fundamental le otorga al Congreso en el art. 75 —especialmente las contempladas en los incs. 16, 25, 26, 27, 28, 31 y 32— dentro de la razonabilidad de los límites que establece el art. 28 en función del eventual estado de necesidad.

#### 436. Derechos y garantías que no se suspenden

Admitiendo que la tesis de la suspensión condicionada a los fines del estado de sitio es la que predomina en nuestra doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de todas maneras existen ciertos derechos, garantías y principios que no pueden ser suspendidos.

Entre ellos se encuentran los derechos políticos, tanto activos como pasivos. A una persona detenida bajo la vigencia del estado de sitio no se le puede prohibir ser candidato para un cargo público electoral ni ser elegido. Tampoco se suspende el derecho de participar en los comicios emitiendo el voto.

No se puede suspender ni alterar el funcionamiento de las instituciones constitucionales relacionadas con la conformación gubernamental. Un juez no puede ser suspendido en su cargo. Tampoco es viable la detención de los legisladores en vulneración de sus prerrogativas constitucionales (5) . Asimismo, como el estado de sitio no puede alterar la forma federal de Estado, no pueden ser desconocidas las prerrogativas que conceden las constituciones provinciales a las autoridades locales.

No se pueden suspender los derechos y garantías que la Constitución declara inviolables. Así, no será viable establecer la censura previa vedada por su art. 14, ni allanar el domicilio o secuestrar la correspondencia y los papeles privados sin previa orden judicial (art. 18 CN). Se debe respetar la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17 CN) y, en el caso de una expropiación, dar cumplimiento previo a los requisitos que permiten su concreción. Tampoco se podría suspender el funcionamiento de los partidos políticos, considerando que son instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38 CN), ni el funcionamiento del derecho de iniciativa y la consulta popular (arts. 39 y 40 CN). Otro tanto el derecho al honor, a la intimidad y a la vida privada dentro de los límites fijados por el art. 19 de la Constitución. En síntesis, el estado de sitio no puede desarticular la esencia de una convivencia democrática.

#### 437. Control de razonabilidad

La doctrina jurisprudencial clásica sostenía que estaba vedado al Poder Judicial controlar la razonabilidad de los actos dictados durante el estado de sitio. Se trataba, a nuestro entender, de un enfoque erróneo, generador de graves consecuencias institucionales al privar de todo amparo a las libertades del hombre frente al ejercicio abusivo del poder.

Sin embargo, especialmente a partir del caso "Soffa", resuelto el 22/5/1959(6) , la jurisprudencia de la Corte comenzó a ser más flexible, al admitir el control judicial de aquellos actos que son clara y manifiestamente irrazonables, por implicar medios que no guardan relación alguna con los fines del estado de sitio.

La Corte reiteró tal punto de vista en varios pronunciamientos hasta que, a partir del año 1972, decidió ampliar considerablemente el ámbito del control de razonabilidad (7) , en virtud de entender que estaba facultada para valorar los excesos en las medidas que restringían los derechos constitucionales, en atención a los fines tenidos en cuenta al declarar el estado de sitio.

De igual manera, en el caso "Timerman"(8) , la Corte reiteró que la aplicación de actos concretos durante el estado de sitio está sujeta al control de razonabilidad en la adecuación de la causa y grado entre la restricción y los motivos de la situación de excepción.

Sobre la base de estos antecedentes jurisprudenciales, se puede sistematizar la doctrina de la Corte Suprema acerca del control de razonabilidad bajo la vigencia del estado de sitio en los principios siguientes:

1) El estado de sitio es un remedio excepcional, cuyo ejercicio ha sido concedido para preservar y no para suprimir a la Constitución.

2) La declaración del estado de sitio, en cuanto a su oportunidad y conveniencia, es una potestad de carácter político que no puede ser revisada judicialmente, salvo si no se cumplen las formas previstas por la Ley Fundamental para su establecimiento.

3) El carácter excepcional del estado de sitio no exime al Poder Ejecutivo de satisfacer los requerimientos emanados de los jueces, para que éstos dispongan de la información necesaria que les permita expedirse en cada caso concreto ejerciendo el control de razonabilidad.

4) El control de razonabilidad apunta a verificar el grado de relación entre la garantía o libertad constitucional afectada y el estado de conmoción interior o ataque exterior, así como también si el acto del Poder Ejecutivo guarda la debida proporción con los fines proclamados en la declaración del estado de sitio.

5) El control de razonabilidad debe ser ejercido con consideración de la situación jurídica y de hecho existente al momento del pronunciamiento judicial.

#### 438. Arresto y traslado de personas

El art. 23 de la Constitución dispone que, declarado el estado de sitio, las potestades del presidente de la República con respecto de las personas se limitan a las de arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

El arresto consiste en privar de su libertad ambulatoria a una persona, en forma total o parcial. Puede consistir en la detención de una persona seguida de su permanencia obligatoria en el lugar que determine el Poder Ejecutivo, o en la obligación de presentarse ante determinada autoridad, o en la prohibición de residir en una zona determinada, o en la prohibición de trasladarse a ciertos lugares.

En todos los casos, se trata de una restricción a la libertad física que es siempre dispuesta por el presidente de la República sin intervención judicial, y sin que sea necesario que la persona afectada esté involucrada en una causa penal.

El arresto de una persona puede concretarse en cualquier lugar y bajo cualquier modalidad, siempre que ello no importe la aplicación de una pena o de un tormento, ya sea en forma directa o indirecta.

En cuanto al traslado de las personas, que también importa una restricción a la libertad física, consiste en la obligación impuesta por el Poder Ejecutivo a una persona para que se radique en una zona determinada dentro de la cual, en principio, puede transitar libremente.

La orden de arresto o traslado solamente puede emanar del presidente de la República, por ser una potestad constitucional indelegable. El acto debe formalizarse a través de un decreto en el cual, además de ser debidamente

individualizadas las personas, deberán indicarse las razones y los fundamentos de la medida, que son susceptibles del control judicial de razonabilidad.

Tanto el arresto como el traslado pueden tener por objeto a cualquier persona. Sin embargo, los legisladores no pueden ser detenidos, en virtud de la prerrogativa establecida en el art. 68 de la Constitución, hasta tanto no cesen sus mandatos o se opere el desafuero. En igual situación se encuentran los magistrados judiciales, en la medida en que el acto de la detención o el traslado les impida ejercer sus funciones jurisdiccionales, con la consecuente lesión para su inamovilidad y la independencia del Poder Judicial (art. 110 CN).

#### 439. Derecho de opción

La facultad de arrestar y trasladar a las personas que le confiere el art. 23 de la Constitución al presidente de la República no es una potestad absoluta.

El art. 23 prescribe que no se podrá hacer efectivo o mantener el arresto de una persona o disponer su traslado de un punto a otro del país si ella expresa su voluntad de salir fuera del territorio argentino.

El pedido de opción para salir del territorio argentino debe ser presentado ante el Poder Ejecutivo y, a la brevedad, corresponde ordenar la libertad del detenido, libertad que se materializa en el acto de aquella salida. Hasta ese momento, la persona continuará detenida.

Si el Poder Ejecutivo no se expide sobre la petición, o si la rechaza, el interesado puede interponer judicialmente la acción de hábeas corpus (9) . El juez deberá requerir al Poder Ejecutivo que informe sobre las razones que determinaron el rechazo tácito o expreso. Si esa explicación no se ofrece dentro del plazo fijado por el juez, éste deberá ordenar la inmediata libertad del detenido y la forma en que se concretará la inmediata salida del país.

El Poder Ejecutivo puede fundar su negativa en que la persona detenida está sometida a un proceso penal. En tal caso, el juez interviniente en la acción de hábeas corpus deberá solicitar al juez de la causa penal que manifieste si de acuerdo a las constancias de ella existe, o no, un impedimento para que el detenido se traslade al exterior. Si no existe ese impedimento, se ordenará al Poder Ejecutivo que ponga en libertad al detenido. Si el juez penal la considera improcedente porque el detenido debe quedar a su disposición, no se podrá concretar la salida del país.

La negativa del Poder Ejecutivo se puede basar en que el detenido no manifiesta el lugar a donde pretende trasladarse o el medio que utilizará a tal fin, o carece de recursos suficientes para egresar del país. En este supuesto, la persona continuará detenida, porque la obligación del Poder Ejecutivo se limita a trasladarla hasta los límites del país para permitir su salida, pero no tomar a su cargo los gastos que demande el ingreso en el extranjero.

Es un tema opinable determinar si el derecho de opción puede ser reglamentado legislativamente. Consideramos que, como todo derecho, no es absoluto y puede

ser objeto de una reglamentación razonable que no se traduzca en su desconocimiento o desnaturalización (art. 28 CN).

Por tal razón, entendemos que fueron inconstitucionales las normas que, en su momento, condicionaron el ejercicio del derecho de opción a requisitos de carácter sustancial.

El reingreso al país de la persona que ejerció el derecho de opción no configura necesariamente un acto ilícito ni faculta a disponer su arresto por este hecho, salvo que la autorización de salida del país hubiera sido efectuada por un decreto en el cual se previera la detención de la persona si regresaba al país, o si se dicta un nuevo decreto disponiendo su arresto. Una vez detenida, la persona puede solicitar nuevamente el derecho de opción.

La ley puede calificar como delito el acto del reingreso al país mientras subsista el estado de sitio, pero en este caso la eventual detención de la persona no importará el ejercicio de la facultad de arresto del art. 23, sino que será consecuencia de la comisión de un delito y colocará a aquélla a disposición del magistrado judicial interviniente en la causa.

#### 440. Intervención federal

La intervención federal a las provincias, como el estado de sitio, es un remedio extraordinario previsto por la Constitución Nacional para preservar su contenido y vigencia en el marco de situaciones institucionalmente anormales.

La Constitución establece instrumentos ordinarios y extraordinarios, todos los cuales tienen por fin inmediato concretar la plena vigencia de la Constitución y, como objetivo mediato, lograr el cumplimiento de la concepción teleológica que emana de la Ley Fundamental, esencialmente personalista, y que se traduce en la libertad y dignidad del hombre.

Uno de tales instrumentos extraordinarios es la intervención federal, que constituye una garantía constitucional de naturaleza institucional destinada, específicamente, a preservar el federalismo, asegurando a las provincias el desarrollo democrático de sus autonomías.

La intervención federal, establecida en el art. 6º de la Constitución, es el remedio extraordinario previsto por ella para garantizar a las provincias su desenvolvimiento bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental (art. 5º CN), y su facultad de darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (art. 122 CN).

#### 441. Regulación constitucional

La intervención federal, como instrumento destinado a garantizar los principios expuestos en los arts. 5º y 122 de la Constitución, está regulada por el art. 6º, que dispone: "El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones extranjeras, y a

requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia".

Como el texto constitucional no preveía explícitamente cuál era la autoridad competente para disponer la intervención federal, en la reforma de 1994 se incorporaron los arts. 75, inc. 31, y 99, inc. 20.

Ambos se limitaron a reproducir el criterio doctrinario dominante y el que fue expuesto en la Convención bonaerense de 1860.

El art. 75, inc. 31, establece que es facultad del Congreso "disponer la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires".

El art. 99, inc. 20, dispone que el presidente de la República "decreta la intervención federal a una provincia o a la Ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento".

No hay una reglamentación legal de la intervención federal, a pesar de haber sido presentados varios proyectos en tal sentido, con el objeto de evitar su ejercicio abusivo y la desvirtuación de los fines a los cuales obedeció su inserción en la Ley Fundamental.

#### 442. Causales de intervención federal

El art. 6º de la Constitución prevé los casos en que, el Gobierno federal puede disponer la intervención en el territorio de las provincias. Las causales son cuatro:

- 1) Para garantizar la forma republicana de gobierno.
- 2) Para repeler invasiones exteriores.
- 3) Para sostener a las autoridades constituidas de la provincia.
- 4) Para restablecer a las autoridades constituidas de la provincia.

En los dos primeros casos, la intervención es dispuesta de oficio por el Gobierno federal. En los restantes, se requiere la previa petición de las autoridades provinciales.

El acto declarativo de la intervención federal debe ser fundado y tener como base alguna de las causales previstas en la Constitución. Debe existir una clara conexión entre los fundamentos y las causales.

Al considerar su naturaleza, se entiende que la intervención es un acto esencialmente político, que no es susceptible de revisión judicial en cuanto a su motivación (10).

Sin embargo, entendemos que el principio no es absoluto. La revisión judicial sería viable si la intervención no es declarada por autoridad competente o al margen del procedimiento previsto en la Ley Fundamental. Otro tanto si no se explicitan los fundamentos del acto o si ellos no guardan relación alguna con los alcances asignados a la intervención.

La intervención federal para garantizar la forma republicana de gobierno se puede declarar si la provincia no cumple debidamente y en tiempo oportuno con las obligaciones que le impone el art. 5º de la Constitución. Tal sería el caso de una provincia que no se dicta una constitución o que, de hacerlo, no adopta el sistema representativo y republicano de gobierno de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución; o si no asegura el funcionamiento del Poder Judicial, su régimen municipal o la educación primaria. Sin embargo, en estos casos, corresponderá agotar previamente la vía judicial. La intervención sólo podría ser consecuencia del conflicto suscitado por la desobediencia a una orden judicial.

Encuadran en esta causal los conflictos graves que se susciten entre los órganos de gobierno provincial. Tal sería el caso de la falta de convocatoria a elecciones, el desconocimiento por la legislatura o el gobernador de los comicios declarados válidos por la justicia electoral, la disolución de la legislatura por el gobernador, la destitución del gobernador por causas o procedimientos no previstos en la constitución local, así como la intervención o puesta en comisión del Poder Judicial provincial.

También encuadrarían en esta causal la secesión dispuesta por una provincia, su decisión de no reconocer los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la invasión o ataque militar de una provincia a otra o a un Estado extranjero.

La intervención federal para sostener a las autoridades constituidas de la provincia se impone en los casos de sedición, o cuando la autoridad de alguna de ellas es desconocida por otro órgano gubernamental o por ciertos grupos sociales. Si, por las vías de hecho, las autoridades provinciales son depuestas, procede la intervención federal para restablecerlas.

En aquellos casos en que la intervención federal es requerida por las autoridades provinciales, consideramos que no resulta obligatorio para el Gobierno nacional disponer su procedencia. El pedido de aquellas autoridades no es vinculante para el Gobierno federal, quien deberá analizar la seriedad de la petición, así como también la gravedad y veracidad de los hechos invocados.

De todos modos, y aunque no medie requerimiento de las autoridades provinciales, la gravedad de los hechos puede facultar al Gobierno federal para disponer de oficio la intervención con el fin de garantizar la forma republicana de gobierno.

Si bien consideramos que el pedido de intervención emanado de las autoridades provinciales no es vinculante para el Gobierno federal, destacados autores entienden lo contrario, al sostener que el Gobierno nacional está obligado a disponer la intervención si ella es requerida por aquellas autoridades para asegurar la garantía que prevé el art. 5º de la Constitución.

#### 443. Autoridad provincial habilitada para requerir la intervención

El art. 6º de la Constitución dispone que, en caso de sedición o de invasión de otra provincia, la intervención federal será dispuesta a requisición de las autoridades constituidas de la provincia. Pero no aclara cuáles son esas autoridades.

En su redacción originaria, modificada en 1860, el art. 6º establecía que el pedido debía ser formulado por la legislatura o el gobernador.

La cláusula constitucional ha sido objeto de diversas interpretaciones. Así, a través de una interpretación literal del art. 6º, y al considerar que la reforma de 1860 suprimió la referencia limitativa a la legislatura y el gobernador, se entiende que cualquier autoridad provincial puede solicitar la intervención. No solamente los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, sino también una convención constituyente o un colegio electoral.

También cabe entender que la Constitución se refiere a las autoridades ordinarias, es decir, a la legislatura, el gobernador y el titular de la función judicial. Quedarían excluidas las autoridades extraordinarias, tales como la convención constituyente o el colegio electoral. Sin embargo, la intervención podría ser requerida por una convención constituyente si se impide su funcionamiento o se dispone su disolución antes de cumplir su cometido o del vencimiento del plazo para su actuación.

Un tercer criterio de interpretación indica que, en tanto la intervención federal es un acto esencialmente político, solamente podrá ser solicitada por los organismos políticos de la provincia, es decir, los órganos legislativo o ejecutivo, pero no por el Poder Judicial.

También cabe sostener que es una potestad reservada a la legislatura local, aunque por ley, y para la hipótesis de su receso, podría autorizar al órgano ejecutivo para efectuar el requerimiento.

Otro criterio de interpretación nos indicará que la autoridad habilitada para solicitar la intervención es el gobernador provincial que, en virtud del art. 128 de la Constitución, reviste el carácter de agente natural del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.

Nosotros entendemos que, en razón de ser un acto esencialmente político, la apreciación de las circunstancias de hecho que lo avalan constitucionalmente debe quedar reservada a los órganos políticos de la provincia: la legislatura y el gobernador. Inclusive, si tuviéramos que adoptar un criterio más restrictivo con el propósito de evitar posibles conflictos de poderes políticos provinciales, nos inclinaríamos por reservar el ejercicio de la potestad de solicitar la intervención al gobernador provincial.

De todas maneras, y como el art. 6º hace referencia a las autoridades provinciales constituidas, carácter que resultará de las constituciones locales, entendemos que estas últimas pueden determinar cuáles son sus autoridades habilitadas para requerir la intervención federal.

444. Órgano competente para declarar la intervención

El art. 6º de la Constitución establece que la intervención será dispuesta por el Gobierno federal que, conforme al título I de su segunda parte, está integrado por los órganos legislativo, ejecutivo y judicial.

Si efectuamos una interpretación literal de dicha cláusula, llegaremos a la conclusión de que la intervención podría ser declarada por cualquiera de esos órganos. Sin embargo, ello no se compadece con una interpretación sistemática, en virtud de la cual no cabe asignar funciones políticas al órgano judicial.

El debate que sobre el tema se suscitó en nuestra doctrina fue resuelto expresamente en la reforma constitucional de 1994, por el inc. 31 del art. 75 y el inc. 20 del art. 99, de la Ley Fundamental:

1) La facultad de disponer la intervención federal del art. 6º de la Constitución corresponde al Congreso mediante una ley.

2) El Poder Ejecutivo puede también disponer la intervención, pero solamente durante el receso del Congreso.

3) En el mismo acto en que el Poder Ejecutivo decreta la intervención, debe convocar al Congreso para su tratamiento.

4) El Congreso debe aprobar o revocar la intervención dispuesta por el Poder Ejecutivo durante su receso.

Queda, de todos modos, la duda sobre si el Poder Ejecutivo puede disponer la intervención federal, durante las sesiones del Congreso, y por aplicación de su facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º). Máxime al considerar que la intervención federal no estaría incluida entre las excepciones que prevé dicha norma, referentes a la materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos.

Consideramos que el carácter restrictivo de la intervención federal, en salvaguarda de la forma federal de Estado y de las atribuciones que no fueron delegadas por las provincias (art. 121), determina que la potestad del Poder Ejecutivo solamente puede ser ejercida durante el receso del Congreso tal como lo establecen el inc. 31 del art. 75 y el 20 del art. 99. Además, como esta última norma condiciona la declaración del estado de sitio a la simultánea convocatoria del Congreso, ella resultaría inaplicable y superflua si el Congreso se encontrara sesionando.

445. Alcances y efectos de la intervención federal

La intervención federal en las provincias, que prevé el art. 6º de la Constitución, no tiene por objeto cercenar sus autonomías sino, por el contrario, garantizar a ellas el goce y ejercicio de sus instituciones, tal como resulta del art. 5º. Esta característica, que responde a una concepción de política arquitectónica, es la que debe ser tenida en cuenta cuando se analiza la procedencia de una intervención.

Tal circunstancia determina que la intervención no presupone necesariamente la sustitución, total o parcial, provisoria o definitiva, de sus autoridades, a menos que

esa solución resulte indispensable para preservar o restablecer las instituciones provinciales.

Aunque no es lo usual, la intervención federal se puede concretar mediante la designación por el presidente de un interventor cuya función consista en actuar como mediador, árbitro o amigable componedor a fin de restablecer el equilibrio y funcionamiento armónico de las instituciones locales, en superación de las diferencias políticas que se puedan presentar en el seno de una provincia. Diferencias que se manifiestan entre los integrantes de los órganos gubernamentales, o entre éstos y los grupos políticos o sociales. Incluso, antes de ser dispuesta la intervención, el Gobierno nacional tiene el deber de procurar alguna salida conciliatoria.

Sin embargo, en nuestra práctica política, la intervención federal trajo aparejada la transferencia de las atribuciones de todos, o algunos, de los órganos de gobierno provincial en el funcionario designado como interventor o comisionado por el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 7º, CN).

Las facultades del interventor federal y el lapso durante el cual puede ejercerlas resultan de la norma que dispone la intervención. Por otra parte, y como funcionario dependiente del presidente de la República, el interventor debe ajustarse a las instrucciones que éste le imparta.

No existen inconvenientes para que el Poder Ejecutivo designe a varios interventores, aunque se deberán precisar las facultades de cada uno para evitar colisiones y conflictos entre ellos que, en definitiva, frustren el objeto de la intervención.

La Constitución no prevé qué condiciones debe reunir una persona para ser interventor. Consideramos que, por ser un representante directo del presidente, debería cumplir con los requisitos establecidos en el art. 89 de la Constitución y no estar inhabilitado para ejercer cargos públicos.

La designación puede recaer sobre cualquier persona y aunque no ejerza un cargo gubernamental. De todas maneras, si se nombra a un senador, diputado o magistrado judicial, éstos deberían presentar su renuncia al cargo que ejercen.

Sin embargo, en nuestra práctica constitucional, en numerosas oportunidades el nombramiento recayó sobre legisladores que obtuvieron el consentimiento previsto en el art. 72 de la Constitución. Similar solución se aplicó respecto de integrantes del ministerio público, en el ámbito del Poder Judicial, que obtuvieron la autorización de la jefatura del organismo que integran.

Si la intervención recae sobre el Poder Ejecutivo provincial, el gobernador será sustituido, definitiva o temporalmente, por el interventor, quien podrá ejercer todas las facultades que le confiere la constitución provincial.

Si la intervención recae sobre la legislatura provincial, el interventor podrá legislar y sus leyes solamente podrán ser modificadas o derogadas por la legislatura

provincial una vez concluida la intervención. Si la intervención de la legislatura es definitiva, corresponderá su disolución.

Si la intervención recae sobre el órgano judicial, el interventor solamente podrá remover y nombrar jueces si está autorizado por la norma que dispuso la intervención. Caso contrario, las remociones y nombramientos deberán ser efectuados por el organismo previsto en la constitución provincial, y las funciones del interventor judicial serán simplemente administrativas y de superintendencia. Si aquella norma autoriza las remociones y nombramientos, estos últimos serán en comisión y los jueces designados conservarán sus cargos hasta que las autoridades provinciales realicen un nombramiento definitivo. Los jueces designados por el interventor se encuentran en igual condición que el resto de los magistrados provinciales, pudiendo ser removidos por aquél en cualquier momento.

En ningún caso podrá el interventor judicial ejercer funciones jurisdiccionales, porque se estarían desconociendo los principios contenidos en el art. 18 de la Constitución, que prohíbe el juzgamiento de las personas por comisiones especiales o que sean sacadas de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. A esto se añade la prohibición impuesta por el art. 109 de la Constitución, que es extensible al interventor federal en su carácter de representante directo del presidente de la República.

El interventor no es un funcionario provincial, sino federal, que depende directamente del presidente de la República, ante quien debe rendir cuentas de su gestión. Ello, sin perjuicio de la obligación que tiene el órgano ejecutivo, a través del interventor, de responder a los requerimientos de las cámaras del Congreso sobre el curso de la intervención, si así le es requerido.

Los actos que realiza el interventor, en ejercicio de las potestades legislativas o ejecutivas provinciales, no son actos federales y quedan sujetos a la revisión del órgano judicial local. No acontece lo propio cuando sus actos importan la ejecución de la norma que dispuso la intervención, los cuales quedan sujetos a su consideración en la jurisdicción federal. Así, si el interventor disuelve la legislatura local, ese acto será federal, pero las normas legales que dicte como titular de aquella legislatura quedan sujetas a la jurisdicción provincial.

Los eventuales delitos que pudo cometer el interventor durante su gestión quedan siempre sujetos a la jurisdicción federal, porque el interventor es un funcionario federal.

No está habilitado para ejercer la función preconstituyente o constituyente. El Gobierno federal, a través del interventor, no puede declarar la necesidad de la reforma constitucional y, con mayor razón, imponer un nuevo texto constitucional, porque estará ejerciendo una potestad que no fue delegada por las provincias (art. 121 CN). Sin embargo, podría convocar a una convención constituyente para que ella sancione una constitución cuando la provincia carece de ella, o una convención reformadora para que modifique las cláusulas de la constitución provincial que son manifiestamente violatorias de la Constitución federal, siempre que ello estuviera expresamente dispuesto en la norma que dispuso la intervención.



Algunas de estas conclusiones fueron avaladas por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Zavalía" (11) . Tras destacar que, en el caso concreto, los actos del interventor son susceptibles de ser revisados por la Corte y no por los jueces provinciales, porque "lo contrario importaría tanto como dejar inerte al Estado provincial frente al actuar del delegado del Estado Nacional", añadió que "el hecho de que los interventores no sean funcionarios legales de las provincias; en cuanto su designación emana del gobierno nacional y sus atribuciones y responsabilidades se relacionan con el poder que representan y no con los poderes locales, implica que la función de dichos funcionarios federales no puede extenderse más allá de los límites que les asigna la Constitución y la ley".

La intervención, como medida extrema y excepcional, no puede ser ilimitada en su duración. Debe tener un plazo razonable establecido por la norma en función de las características de cada caso y acorde con las necesidades que se tratan de satisfacer. Si bien ese plazo puede ser prorrogado por ley del Congreso, su extensión no puede ser una vía elíptica para desnaturalizar la forma republicana y representativa que el art. 5º de la Constitución impone a las provincias y que el Gobierno federal tiene el deber de garantizar.

#### 446. Emergencia y orden constitucional

En el curso de la vida de un Estado pueden producirse ciertos fenómenos de extrema gravedad que, al margen de alterar y deteriorar una convivencia democrática interna, son aptos para llegar al extremo de provocar la destrucción de la propia organización política global, con la consecuente desaparición del Estado.

Se produce así una suerte de estado de necesidad que impone el deber de superarlo mediante la adopción de medidas de carácter extraordinario y excepcional.

Para atenuar o evitar tales efectos, se ha propuesto la suspensión del orden constitucional por entender que los sistemas políticos democrático-constitucionales, esencialmente personalistas, están concebidos para funcionar en condiciones de normalidad y paz, y por ser sus instituciones manifiestamente ineptas para sobrellevar las necesidades emergentes de una crisis nacional.

Como modelo y antecedente de esta solución se acude a la dictadura que estaba prevista en la organización política de Roma durante su período republicano. En situaciones de grave emergencia, el senado romano estaba facultado para designar un dictador en el cual se concentraba el ejercicio de todos los poderes gubernamentales. Se trataba de una magistratura extraordinaria, impuesta por el lapso de seis meses prorrogables, cuyas funciones concluían cuando el senado consideraba que había sido superada la crisis.

Sin embargo, la experiencia proveniente del análisis de la historia de los pueblos demuestra cómo, con significativa frecuencia, estas formas de dictaduras transitorias se transformaron en dictaduras permanentes que destruyeron el orden constitucional democrático y lo sustituyeron por regímenes autocráticos

transpersonalistas. Aquello que nace como extraordinario se transforma en ordinario, con el consecuente cercenamiento de la libertad y dignidad de las personas.

Como alternativa, se propicia enfrentar la emergencia con las instituciones que debe prever el propio orden constitucional para su defensa. Un régimen democrático debe prevenir no solamente su vigencia en situaciones normales, sino también bajo circunstancias extraordinarias cuando los hechos desencadenados amenazan poner en peligro la estabilidad y subsistencia del sistema institucional.

Tal es, precisamente, la solución adoptada por la Constitución federal. Ella debe regir, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, o durante el curso de cualquier tipo de emergencia económica, social o política. Esta solución, que resulta de una interpretación teleológica de su art. 29, es consecuente con la esencia de una democracia constitucional. La subsistencia de un Estado organizado democráticamente como Estado de Derecho sólo se puede alcanzar mediante el fiel cumplimiento de las leyes personalistas y no mediante fórmulas incompatibles con ella. El orden constitucional, ante el peligro generado por una emergencia, se defiende con el respeto de su vigencia y no mediante la introducción de soluciones autocráticas que, en definitiva, desnaturalizan ese orden.

#### 447. Estado de asamblea

Esta expresión, que ha caído en desuso, fue utilizada durante la época colonial y el siglo XIX como la convocatoria de tropas y civiles para afrontar una situación de emergencia, en virtud de la cual la ciudadanía quedaba sujeta a las leyes militares o a las normas limitativas o suspensivas de los derechos individuales y sociales, mientras perdurara aquélla.

El estado de asamblea estaba implícitamente previsto en el anterior art. 67, inc. 24, de la Constitución. Autorizaba al Congreso para disponer la reunión de las milicias de todas las provincias cuando lo exigiera la ejecución de las leyes de la Nación y fuera necesario para contener las insurrecciones o repeler las invasiones; disponer la organización, armamento y disciplina de dichas milicias, y la administración y gobierno de ellas por la Nación, dejando a las provincias el nombramiento de sus jefes y oficiales y el cuidado de establecer en sus milicias la disciplina que prescribiera el Congreso.

Consideramos que el llamado estado de asamblea no constituye una garantía institucional, sino un conjunto de medidas que pueden ser autorizadas bajo la vigencia del estado de sitio o con motivo de la intervención federal.

#### 448. Ley marcial

La ley marcial consiste en la norma sancionada por el Congreso que, para afrontar una emergencia de carácter bélico o subversivo, dispone el sometimiento a los tribunales militares y con sujeción a la ley militar, de todos los integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad, así como también de los civiles que, conforme al

art. 21 de la Constitución, son convocados para armarse en defensa del Estado y de la Constitución.

También es viable que la ley marcial se aplique a cualquier civil aunque, en principio, consideramos que su juzgamiento no corresponde a los tribunales militares. En tal sentido, Bartolomé Mitre, en la sesión del Senado nacional del 19/6/1869, destacó que "la ley marcial, señores, o, lo que es lo mismo, el código militar o la competencia de los tribunales militares aplicada a los delitos comunes con exclusión de las leyes y de los jueces ordinarios o naturales, no es una institución de pueblos libres".

La Corte Suprema de Justicia, en varios pronunciamientos, confirmó la validez de la ley marcial, aunque con alcances diferentes en consideración de las particularidades de cada caso.

En el caso "Pucci" (12) resolvió que, mediante el ejercicio de la acción de hábeas corpus ante un juez federal, no es posible revisar ni revocar sentencias firmes emanadas de tribunales militares cuando, oportunamente, no se dedujeron los recursos de apelación, ordinario y extraordinario, que prevé la ley.

El juzgamiento de un civil sujeto a la movilización dispuesta por la ley marcial, por la comisión de un delito común, corresponde a la justicia federal si, antes de concluir el proceso sustanciado ante los tribunales militares, aquélla fue dejada sin efecto (13).

La sentencia condenatoria aplicada por los tribunales militares a un civil por hechos delictuosos traducidos en el ataque con un artefacto incendiario a un comercio se ajusta a derecho ya que su potestad jurisdiccional durante una situación de emergencia no es incompatible con la Constitución, así como tampoco las reglas excepcionales que sometan a los civiles a juzgamiento por los tribunales militares (14).

El juzgamiento de un integrante del Ejército por la comisión de un hecho delictivo carente de naturaleza subversiva corresponde a la justicia criminal ordinaria (15).

Las sentencias condenatorias aplicadas a civiles por los tribunales militares pueden ser revisadas por la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario cuando se alega la violación de la garantía constitucional de la defensa en juicio (16).

La posibilidad del juzgamiento de civiles por tribunales militares ha sido objeto de una interpretación más restrictiva por parte de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Al resolver el caso "Milligan" (17), sostuvo que los tribunales militares, tanto en tiempo de guerra como de paz, carecen de facultades constitucionales para sustituir a los tribunales civiles si éstos existen y están funcionando. Solamente cuando como consecuencia de una invasión extranjera o una guerra civil dejan de funcionar los tribunales ordinarios, cabe invocar la ley marcial y autorizar el funcionamiento de los tribunales militares.

La aplicación de la ley marcial se considera justificada cuando se presentan situaciones extremas que imponen la actuación de las fuerzas armadas para defender la subsistencia del Estado o el sistema constitucional. Ella debe ser sancionada por el Congreso y su vigencia debe ser precedida por la declaración del estado de sitio o la intervención federal.

No se trata de una garantía independiente, sino de un instrumento puesto al servicio del logro de los objetivos determinantes de la implementación de aquellos institutos. Como tal, debe adecuarse al principio de razonabilidad y queda, en cada caso concreto, sujeto al control jurisdiccional. Esto es así porque la ley marcial en modo alguno puede proyectarse de modo de superar el marco constitucional.

A partir de 1984 la Corte Suprema de Justicia procuró limitar los desbordes que acarrearaba un ejercicio arbitrario de la ley marcial y distinguió en el ámbito militar el derecho disciplinario del derecho penal militar. Al decidir el caso "López" (18), revocó la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente para Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas que había condenado a un año de prisión a un oficial del ejército por el delito militar de haber incurrido en "falsedades" de manera reiterada. Los jueces Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Raúl Zaffaroni y Carmen Argibay sostuvieron que el presidente de la Nación, como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, ejerce el derecho disciplinario pero no la función judicial. El derecho penal militar es un derecho penal especial que está sujeto a la decisión de jueces independientes, "lo que significa que no pueden integrarlos — los tribunales militares— funcionarios sometidos al poder disciplinario del Poder Ejecutivo. Un juez no puede estar sometido a ningún poder disciplinario que no sea el de responsabilidad política (...). Por consiguiente, los actuales tribunales militares no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino que constituyen tribunales administrativos incompetentes para aplicar penas. Si la competencia de estos tribunales emerge de la condición de comandante en jefe del presidente de la República (art. 99, inc. 12, Constitución Nacional) se trata de competencia administrativa y, siendo tal, no tiene jurisdicción penal, pues expresamente carece de ella el presidente de la República: si carece de ella el titular del Poder Ejecutivo, no pueden tenerla sus subordinados".

Aceptamos que los tribunales militares son tribunales administrativos y que su intervención debe respetar los principios básicos del debido proceso legal. Pero ello no importa desconocer las atribuciones que le confiere el legislador, siempre y cuando su ejercicio quede sujeto al control judicial de los jueces integrantes del Poder Judicial.

449. Régimen de emergencia y facultades extraordinarias

En el curso de una emergencia política, social o económica, de justificada gravedad, el Congreso está autorizado para sancionar leyes conducentes a superar tal contingencia. Esas leyes pueden limitar, con mayor intensidad, los derechos constitucionales, pero jamás pueden superar el marco de la Constitución, ni configurar el desconocimiento absoluto de los derechos y garantías previstos en la Ley Fundamental.

Si bien la declaración de emergencia es un acto discrecional de los órganos políticos del gobierno, las medidas restrictivas de los derechos constitucionales están sometidas al control judicial. Caso contrario, nos encontraremos en la antesala de un proceso de desconstitucionalización.

Tal advertencia adquiere particular relevancia con motivo de la reforma constitucional de 1994, que incorporó la cláusula contenida en el art. 76 de la Ley Fundamental. Ella faculta al Congreso a delegar potestades legislativas en el Poder Ejecutivo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado a tal efecto y sobre las bases de delegación que establezca la ley.

La delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo debe tener una relación directa y razonable con la emergencia. Si carece de ella, o sus efectos se aproximan a la concentración del poder prevista en el art. 29 de la Constitución, los jueces están habilitados para declarar su invalidez en el caso concreto.

Con cierta frecuencia, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia fue proclive a convalidar graves restricciones impuestas a los derechos individuales y sociales durante la vigencia de un estado de emergencia declarado por los órganos políticos del gobierno. Declaración que, muchas veces, fue consecuencia de la patológica ineptitud de la dirigencia política para prevenir la emergencia o para encontrar soluciones a problemas que, si bien revestían gravedad, en modo alguno configuraban el estado de necesidad que presupone la emergencia.

A partir de 1995, la postura del Poder Judicial tiende a ser cada vez más exigente para convalidar la validez constitucional de las normas dictadas, tanto por el órgano legislativo como por el ejecutivo, en invocación del estado de necesidad que surge de la emergencia.

Los principios emergentes de la nueva doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema se pueden sintetizar en los siguientes:

- 1) Las leyes de emergencia no pueden cercenar ni alterar el derecho de propiedad privada, de modo de ocasionar una merma en el patrimonio de las personas, porque ellas revestirían carácter confiscatorio.
- 2) Las restricciones que imponen las leyes de emergencia a los derechos deben ser estrictamente limitadas en el tiempo y no afectar la esencia de los derechos adquiridos ni la dignidad de las personas.
- 3) Las leyes de emergencia no pueden ser retroactivas si desconocen derechos adquiridos lo que lesiona, por añadidura, la seguridad jurídica.

Tal es también la postura sostenida por la doctrina constitucional.

#### 450. Emergencia económica

Una de las causales invocadas con mayor frecuencia para avalar un estado de emergencia ha sido la emergencia económica.

Para superar ese estado de emergencia, el Congreso —e incluso el órgano ejecutivo— suele establecer ciertas restricciones a los derechos de carácter económico, y en particular al derecho de propiedad privada, que revisten una intensidad mayor a las que se aplican en épocas de normalidad por razones de orden público. Pero si bien es aceptable que, en la emergencia, sea viable imponer restricciones más intensas a los derechos constitucionales, ellas deben ser esencialmente razonables y transitorias. Además, en modo alguno pueden superar el límite resultante del art. 28 de la Ley Fundamental y llegar al extremo de cercenar definitivamente o desconocer tales derechos, ya sea de manera total o parcial.

Tal fue el temperamento que, tradicionalmente, había adoptado la Corte Suprema en los casos "Ercolano"(19) , "Horta" (20) , "Mango" (21) , "Avico" (22) , "Roger Balet" (23) y "Peralta" (24) , entre muchos otros. En tales casos la Corte sostuvo que, durante la emergencia, nada autoriza a los poderes públicos para apartarse de la Constitución; que se pueden establecer límites transitorios a la propiedad privada para evitar que su uso legítimo se convierta en un abuso perjudicial para la sociedad; que la ley que priva al individuo de un bien que integra su patrimonio es inconstitucional y que tal calificación merecen las leyes retroactivas que desconocen derechos adquiridos; que por razones de orden público no se pueden alterar retroactivamente los contratos entre particulares que han generado derechos adquiridos; que la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución; que cuando la aplicación de la ley nueva priva al individuo de un derecho incorporado a su patrimonio, el principio de la no retroactividad se confunde con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por el art. 17 de la Constitución; que cuando el interés general lo exija, el Congreso puede derogar una norma, pero la facultad de legislar hacia el pasado no es ilimitada porque no puede violar el derecho de propiedad; que el derecho adquirido a obtener mediante la ejecución de una sentencia firme no puede ser sustancialmente alterado por una ley posterior.

También se destacó que en todas las circunstancias y en todos los tiempos subsiste la autoridad de la Constitución, inclusive en los casos extraordinarios; que la emergencia no crea poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad, porque solamente permite el ejercicio de las que expresa o implícitamente están acordadas en el instrumento constitucional.

El 7/1/2002 fue publicada la ley 25.561 de Emergencia Pública. A partir de entonces, se dictó una serie de normas que dejaron sin efecto la convertibilidad y la intangibilidad de los depósitos, al tiempo que se acordó a sus cláusulas efectos retroactivos, con absoluto desconocimiento de los derechos adquiridos en función de la ley 25.466 y de las normas cuya vigencia garantizaba esta última.

Sorpresivamente, los ahorristas que no podían preservar materialmente el poder adquisitivo de sus bienes, al no contar con la disposición de ellos, vieron licuadas

sus tenencias monetarias porque el Estado resolvió dejar de honrar los compromisos que asumió.

Tales antecedentes fueron debidamente considerados por la Corte Suprema de Justicia cuando resolvió los ya citados casos "Smith" y "San Luis".

Como el Alto Tribunal, al decidir el caso "Smith" (25) , puso de manifiesto que no estaba dispuesto a convalidar normas carentes de validez constitucional, se concretó una catarata de pedidos de juicio político contra sus integrantes y por las más variadas causales.

Sin embargo, el grueso de los jueces inferiores no aceptó el juego político propuesto por el Poder Ejecutivo. Al considerar que su función jurisdiccional reside en aplicar la ley en resguardo de los derechos humanos de las personas y no en plegarse a elucubraciones políticas y económicas de los restantes órganos del gobierno, obraron con independencia y pusieron un límite a los abusos de estos últimos.

La actitud de esos magistrados judiciales fue avalada por la Corte Suprema de Justicia al resolver el caso "San Luis" (26) . Los fundamentos que oportunamente fueron expuestos en el caso "Smith" merecieron un particular desarrollo en los votos que conformaron la mayoría del Tribunal.

La Corte destacó que la responsabilidad del Estado se encuentra determinada por los actos gubernamentales emitidos, con prescindencia de los móviles políticos o económicos que pudieron inspirarlos. En otras palabras, que los compromisos legales válidamente asumidos por un elenco del gobierno no pueden ser desconocidos por los elencos ulteriores con motivo de la instrumentación de nuevas políticas económicas. Un gobierno nuevo no puede dejar de honrar las obligaciones impuestas al Estado por su antecesor. La distinción entre los conceptos de gobierno y Estado y el principio de la continuidad de este último determinan que todos los actos gubernamentales sean manifestaciones del poder estatal y que, en la medida en que se adecuen a la Ley Fundamental, no cabe cuestionar su validez aunque no compartamos su contenido por entender que es erróneo o lesivo para el bien común.

Tal como lo destacó la Corte, si bien la ley 25.561 había autorizado al órgano ejecutivo para fijar el tipo de cambio para las monedas extranjeras, en modo alguno lo había facultado para convertir en moneda nacional los depósitos que estaban constituidos en tales divisas con efecto retroactivo y en desmedro del capital de los ahorristas.

Sin embargo, el decreto 214/02, del 4/2/2002, convirtió en pesos todos los depósitos efectuados en moneda extranjera, a la paridad cambiaria de un peso con cuarenta centavos por cada dólar estadounidense, que no se adecuaba a la realidad económica. Además, mantuvo la indisponibilidad de los depósitos y previó la emisión de títulos de la deuda pública por los cuales podían optar los depositantes para sustituir la devolución de sus ahorros monetarios.

Pero, además, y como bien se destacó en el voto de la mayoría, el camino normativo que había seguido el Estado para no honrar su promesa era constitucionalmente incorrecto.

La Corte consideró que el decreto superaba los límites de la delegación establecida en la ley 25.561. Tal hecho acarrea su invalidez en orden al ejercicio de la función legislativa delegada (art. 76, CN), de manera que la ley de emergencia y delegación no podía ser válidamente invocada como soporte del decreto.

Pero, tampoco era aceptable reconocerle el carácter de un decreto de necesidad y urgencia, por cuanto las razones invocadas por el órgano ejecutivo a los fines de su emisión no diferían de las expuestas para la sanción de la ley 25.561. Y, cuando fue sancionada esa ley, no se autorizó a ese órgano para dictar las medidas que contenía el decreto 214/02. Se trataba de un mecanismo por el cual, de manera elíptica, se pretendía desconocer los límites fijados en la delegación congresual, de modo de acentuar la concentración de poderes en el presidente de la República.

La postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en resguardo de la propiedad privada fue uno de los factores que impulsó al entonces presidente Néstor Kirchner a requerir la separación de sus cargos a algunos de sus integrantes.

El 26/10/2004, en su nueva composición y con el cambio de postura del juez Boggiano, la Corte Suprema rectificó la doctrina expuesta en los casos "Smith" y "San Luis" y declaró la validez constitucional de las normas que, anteriormente, habían sido descalificadas. Así lo hizo en el caso "Bustos", al disponer el rechazo de la acción de amparo que cuestionaba esas normas por entender que el demandante no había acreditado que el régimen de emergencia le hubiera ocasionado un perjuicio. Consideró que la paridad establecida a razón de \$ 1,40 más el coeficiente de estabilización de referencia por cada dólar estadounidense era razonable a pesar de que, en el mercado cambiario, el dólar se cotizaba a más de \$ 2,50 (27) . Tal fue el voto de la mayoría con la disidencia del juez Carlos Fayt. Si bien la Corte declaró la validez de la normativa descalificada en "Smith" y "San Luis", no reunió la mayoría de cinco votos para decidir cómo debían ser restituidos a los ahorristas los importes que ingresaron al sistema financiero en dólares estadounidenses.

De tal manera, la Corte Suprema, al brindar su apoyo a la política económica del órgano ejecutivo, avaló un acto confiscatorio.

Al decidir el caso "Galli" (28) , la Corte Suprema decidió que los tenedores de bonos nacionales expresados en moneda extranjera pasaban a tener títulos cuyo valor nominal se traducía en moneda nacional, conforme a los índices de actualización del decreto 471/02. Ellos le asignaban, al dólar estadounidense, un valor equivalente a \$ 1,40 más el índice de ajuste y una tasa de interés del 2% anual, al momento en que la moneda extranjera se cotizaba a \$ 2,90. La Corte sostuvo que la legislación de emergencia responde al intento de atenuar los efectos de una situación anómala económica, en tanto es la expresión de un estado de necesidad, cuya existencia y gravedad deben ser apreciadas por el legislador y sin que los jueces puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que se dicten.

Para los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, las normas que habían alterado las condiciones originales de emisión de los títulos de la deuda pública se justificaban por la crisis económica imperante y una emergencia que justificó la actuación del Estado conforme a criterios consuetudinarios del derecho internacional. Argumento por cierto opinable porque subordina el art. 17 de la Ley Fundamental a una costumbre inexistente.

El deber de honrar las obligaciones fue admitido por los jueces Zaffaroni y Lorenzetti porque genera la confianza en los inversores. Pero, en situaciones de crisis aguda, se impone el sacrificio de los derechos de la población que el Estado debe proteger. Argumento por demás contradictorio y que avala todo atropello posible contra el derecho de propiedad de quienes confiaron en el honor estatal.

Como ya dijimos en un capítulo anterior, en definitiva, y al margen de configurar una grave lesión para el derecho de propiedad, las medidas gubernamentales adoptadas a partir de 2002 representaron un castigo para quienes prefirieron el ahorro al consumo y para quienes aceptaron los pedidos de financiamiento del Estado y así adquirieron los títulos de la deuda pública que emitió para satisfacer necesidades sociales. Asimismo, la doctrina de la Corte que convalidó parcialmente esa confiscación se apartó de aquella que condicionaba la validez de la emergencia a una restricción temporal y limitada en el tiempo del derecho de propiedad.

#### 451. El orden constitucional

En todo sistema político democrático-constitucional, basado en los principios formulados por el movimiento constitucionalista y la doctrina esquemática del Estado de Derecho, se aspira a concretar la perdurabilidad del orden constitucional. El orden constitucional, resultante de los principios rectores consagrados en la Ley Fundamental, debe prevalecer sobre las patologías del orden político gestadas por el comportamiento de gobernantes y gobernados.

Sin embargo, la experiencia política nos revela que, con lamentable frecuencia, se producen profundas alteraciones en el orden constitucional mediante diversos factores coercitivos.

Tales factores se pueden exteriorizar en una frontal y arbitraria desobediencia a la Constitución, ya sea mediante la explícita negación del derecho, o mediante artificios doctrinarios que, tras bosquejar una separación artificial entre el Estado y la Constitución, justifican la violación de ésta mediante la invocación de la llamada razón de Estado.

Coadyuva a la ruptura del orden constitucional en el siglo XXI un factor socio-político al cual no se le ha prestado la debida atención. Se trata del llamado proceso de desconstitucionalización que, por la ausencia de una adecuada educación democrática o por la insensibilidad de algunos dirigentes políticos para los cuales los medios antidemocráticos justifican el logro de los fines perseguidos, conducen en definitiva a la pérdida del valor jerárquico de una Constitución.

Los peligros que genera la crisis constitucional para la estabilidad y perdurabilidad del orden constitucional se remedian mediante el accionar de gobernantes idóneos y de remedios institucionales que, dentro del marco del orden jurídico, permitan afrontar exitosamente las emergencias de la vida política y social.

Pero resulta sumamente pueril creer que tales peligros pueden ser remediados simplemente con la inserción de una cláusula constitucional que prohíba la ruptura del orden constitucional.

Igual temperamento sigue el art. 136 de la Constitución de México, en el cual se inspiraron los convencionales de 1994 para redactar el art. 36 de la Constitución Nacional.

En el texto constitucional anterior a la reforma de 1994, no existía una disposición similar a la del actual art. 36. La ruptura del orden constitucional en las formas violentas, manifiestas y groseras producidas en el curso del siglo XX era un fenómeno inaceptable para los constituyentes imbuidos de una profunda fe democrática y de progreso que hacían extensiva a sus conciudadanos.

Por tal razón, se limitaron a insertar la cláusula categórica del art. 29 que asigna a quienes incurran en la ruptura del orden constitucional "la pena de los infames traidores a la Patria", sin perjuicio de declarar a sus actos de "una nulidad insanable".

Las diversas hipótesis que contempla el actual art. 36 de la Constitución ya estaban previstas en el art. 29 aunque, por imperio de los acontecimientos políticos, no llegaron a ser aplicadas. Asimismo, algunas de ellas se encontraban en la ley 23.077 de Defensa de la Democracia. No hay razón alguna para pensar que no acontecerá lo propio con la actual cláusula 36, aunque hacemos votos para que los males que ella prevé jamás se transformen en una triste realidad.

#### 452. Los actos de fuerza

El art. 36 de la Ley Fundamental prevé la ruptura del orden constitucional por actos de fuerza.

Un golpe de estado o un acto revolucionario por el cual se accede al ejercicio del poder son los actos de fuerza que usualmente se producen en el curso del proceso político y que acarrearán la ruptura del orden constitucional.

Sin embargo, también es viable la ruptura del orden constitucional por actos no violentos y carentes de la fuerza a que alude el art. 36. Proseguir en el ejercicio del mandato constitucional por miembros de los poderes Legislativo o Ejecutivo, al margen de lo dispuesto por la Constitución, también son actos que producen la ruptura del orden constitucional aunque estén desprovistos de fuerza o violencia. Inclusive, tales actos pueden ser convalidados por un Poder Judicial dependiente de la voluntad de los órganos políticos, pero no por ello quedarán exentos de la previsión finalista del art. 36.

En atención a la finalidad de esta cláusula, así como también a los arts. 22, 29 y 109 de la Constitución, la expresión "actos de fuerza" alude a todo procedimiento por el cual se accede o conserva el poder gubernamental mediante procedimientos reñidos con los preceptos constitucionales y aunque no sean, propiamente hablando, actos de fuerza física o de violencia.

#### 453. Consecuencias de los actos de fuerza

El art. 36 de la Ley Fundamental prevé las consecuencias que traerán aparejados los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.

Tales actos "serán insanablemente nulos", lo cual importa privarlos de toda validez con efecto retroactivo. Sin embargo, la nulidad de esos actos en el orden de las relaciones civiles que generen será relativa o inexistente, porque sería irrazonable desconocer la validez de las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, o entre ellos y el Estado, como consecuencia de la coacción proveniente de un gobierno inconstitucional pero dotado de todos los atributos del poder.

Para los autores de tales actos de fuerza, el art. 36 establece tres sanciones:

1. La sanción prevista por el art. 29 de la Ley Fundamental. La pena de "los infames traidores a la Patria", que requiere la previsión por una ley reglamentaria y la debida tipificación de las conductas.
2. La inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos. Esta norma también requiere de una ley reglamentaria que atribuya al Poder Judicial la aplicación de la sanción correspondiente.
3. La exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Se trata de una cláusula operativa que impide el ejercicio de las facultades pertinentes al presidente de la República, siendo extensible a las autoridades provinciales. Sin embargo, la norma no impide al Congreso conceder, en estos casos, amnistías generales (art. 75, inc. 20, CN).

#### 454. El derecho de resistencia

El art. 36 de la Constitución, en su cuarto párrafo, reconoce a todos los ciudadanos el derecho de resistencia contra quienes ejecuten los actos de fuerza que interrumpen el orden constitucional. Este derecho debe considerarse extensivo a los actos que realicen quienes usurpen las funciones asignadas a las autoridades nacionales o provinciales por las respectivas leyes fundamentales.

Es un tema opinable y de muy difícil decisión técnico-jurídica la cuestión de si es políticamente conveniente prever y regular el derecho de resistencia en un texto legal. Bien dice Linares Quintana que "el pueblo tiene un derecho natural de resistencia a la opresión y un derecho natural de revolución; ninguno de los cuales puede ni debe ser encasillado jurídicamente; ya que existen no en virtud de la Constitución sino a pesar y al margen de ella, como facultades inherentes e inalienables del ser humano, derivadas de su libertad natural. Quienes lo ejercen,

son responsables ante Dios y ante la historia por las consecuencias buenas o malas que puedan acarrear".

El derecho de resistencia se ejerce tanto frente a un gobierno inconstitucional como ante un gobierno despótico. En ambos casos, es un derecho natural y subjetivo, individual y social, por el cual se niega obediencia al detentador del poder y se procura derrocarlo mediante el empleo de la fuerza. En presencia de un gobierno que se aparta de la ley, o de los fines enunciados por ella, los gobernados también se apartan de las normas legales que regulan la sucesión gubernamental en procura de restablecer el orden constitucional alterado.

El reconocimiento constitucional explícito del derecho de resistencia para preservar la subsistencia o el restablecimiento del orden constitucional podrá acarrear serios conflictos jurídicos y políticos. Como su titularidad es asignada a todos y cada uno de los ciudadanos, se plantea la dificultad de determinar quién está habilitado para sostener que, en un caso concreto, se ha operado la ruptura del orden constitucional. ¿Será necesaria la constatación de algún órgano —que implica una previa ley reglamentaria— o la decisión subjetiva de un ciudadano o grupo de ciudadanos?

Un enfoque jurídico no nos permitirá arribar a una solución satisfactoria porque, por corresponder en última instancia a los jueces la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, la captación del Poder Judicial por quien usurpa el poder convalidará sus decisiones y descalificará el ejercicio del derecho de resistencia. La solución podrá ser aportada mediante un enfoque político que, en definitiva, convalidará el derecho de resistencia cuando su ejercicio resulte exitoso, ya sea en forma inmediata o mediata.

#### 455. Delitos contra el Estado

El párrafo quinto del art. 36 establece que también atentan contra el sistema democrático quienes incurran en un grave delito doloso contra el Estado, siempre que conlleve enriquecimiento.

Se trata de una norma que requiere, necesariamente, de una ley reglamentaria destinada a: 1) Determinar los comportamientos graves en perjuicio del Estado; 2) el significado y los alcances de la expresión "conlleven enriquecimiento".

En este caso, no se trata de actos delictivos en perjuicio del sistema democrático o del orden institucional, sino del Estado y aunque no afecten aquellos valores.

Por otra parte se requiere que exista un enriquecimiento, que podrá ser para el autor o un tercero, y el consiguiente perjuicio para el Estado.

Se trata de una previsión constitucional que apunta esencialmente hacia los funcionarios gubernamentales, aunque no se agota con ellos. El perjuicio para el Estado también puede ser obra de un gobernado.

#### 456. Ética pública

El último párrafo del art. 36 de la Constitución establece que el Congreso deberá sancionar una ley que regule la ética pública para el ejercicio de las funciones gubernamentales.

Una ley semejante, siempre que sus disposiciones sean claras y precisas, constituirá una garantía sumamente eficaz para la consolidación de un sistema democrático constitucional. El incumplimiento de las normas éticas por los gobernantes ha sido y es uno de los factores más nocivos para la subsistencia del régimen constitucional y uno de los argumentos que con mayor frecuencia han utilizado sus adversarios para pretender demostrar su inconsistencia en función del bien común de la sociedad.

De todas maneras, cabe recordar que existen disposiciones legales que regulan, de manera parcial, la ética pública republicana.

Por otra parte, antes de la reforma, en modo alguno la Constitución impedía la sanción de una norma de la especie que ahora enuncia el art. 36.

La ética puede ser objeto de múltiples definiciones, en atención a la corriente filosófica en que se enrola el analista. Sin embargo, si se tiene en cuenta que una Constitución no es una obra científica ni doctrinaria, sino una norma jurídica fundamental impregnada de realismo y sencillez, que es instrumento de gobierno y símbolo de unidad nacional, sus palabras deben ser explicadas a la luz del lenguaje y pensamiento del ciudadano común.

Desde esta óptica, la ética no es tanto una ciencia filosófica que estudia las normas a que debe someterse la conducta humana y las consecuencias que se derivan de su aplicación, sino un arte que tipifica comportamientos individuales y sociales encaminados al logro del bien.

No se trata de la ética individual, positivista o religiosa, sino de la idea dominante en una sociedad sobre cuál debe ser el comportamiento de los gobernantes para alcanzar el bien común.

En tal sentido, el concepto vulgar de la ética pública impone conductas al gobernante, tanto en su vida pública como en la privada, cuando esta última adquiere relevancia social.

La ética pública, en un sistema republicano y democrático de gobierno, impone a los funcionarios públicos una carga y una obligación de servir a la comunidad y no de servirse del pueblo. Sanciona los privilegios que se atribuyen los gobernantes; la designación de familiares para desempeñar funciones públicas no electivas; la recepción de dádivas o regalos en su condición de funcionarios; el ejercicio autoritario de sus funciones con respecto a sus dependientes; el ejercicio de actividades profesionales o empresariales haciendo gravitar su condición de funcionarios; y una serie infinita de conductas que, en sus aspectos más relevantes, deben ser contempladas por la legislación reglamentaria que prevé el art. 36 de la Constitución, sin perjuicio de los contenidos que presentan los arts. 256 a 268 del Código Penal.

#### 457. Ley Nacional de Ética Pública

Cumpliendo con el precepto contenido en la cláusula final del art. 36 de la Constitución, el Congreso sancionó la ley 25.188 de Ética de la Función Pública.

Establece que ella es aplicable a toda persona que se desempeñe en la función pública, en forma permanente o transitoria, en todos sus niveles y jerarquías, por elección popular, designación directa o por concurso, o por cualquier otra vía legal.

Impone, en forma detallada, un régimen de declaraciones juradas patrimoniales que se actualizará anualmente. Tales declaraciones deberán ser publicadas en el Boletín Oficial, pudiendo los particulares tener acceso al contenido de ellas.

Prohíbe a los funcionarios recibir regalos, obsequios o donaciones con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones y conforme a la reglamentación que se dicte al respecto.

Si se tienen en cuenta las particularidades que presenta la ética pública, la norma legal dista de abordar todos sus aspectos, lo que, en rigor, resulta materialmente imposible. De todas maneras, esta circunstancia no es óbice para demandar el cumplimiento de la norma legal como un esfuerzo valioso para erradicar la corrupción.

La Ley Nacional de Ética Pública reproduce, parcialmente, la Convención Interamericana contra la Corrupción que fue aprobada por el Congreso mediante la ley 24.759, promulgada el 13/1/1997.

(1) Caso "Leandro N. Alem", Fallos CS 54:432.

(2) Caso "Marcelo T. de Alvear", Fallos CS 167:267. LA LEY Online.

(3) Fallos CS 307:2284. LA LEY, 1986-B, 221.

(4) Fallos CS 276:82; 282:396; 293:564; 297:338; 298:441; 300:816; 304:1020.

(5) Fallos CS 54:432.

(6) Fallos CS 243:513. LA LEY, 94-362.

(7) Fallos CS 282:392; 285:267; 303:696.

(8) Fallos CS 300:816 y 301:771. LA LEY, 1978-C, 586 y LA LEY, 1979-D, 146.

(9) Fallos CS 303:696.

(10) Caso "Cullen v. Llerena", Fallos CS 53:420; "Orfila", Fallos CS 154:197; "Rossi Cibils", Fallos CS 315:2074 (DJ, 1992-2-769); "Romero Feris", Fallos CS 315:2092 (LA LEY, 1994-E, 16).

- (11) Sent. del 21/9/2004. Fallos CS 327:3852.
- (12) Fallos CS 243:311.
- (13) Fallos CS 244:517.
- (14) Fallos CS 300:1173.
- (15) Fallos CS 301:205.
- (16) Fallos CS 301:419.
- (17) 4 Wallace 2 de 1866.
- (18) Sent. del 6/3/2007, Fallos CS 330:399.
- (19) Fallos CS 136:161.
- (20) Fallos CS 137:47.
- (21) Fallos CS 144:219.
- (22) Fallos CS 172:21.
- (23) Fallos CS 209:409.
- (24) Fallos CS 313:1513.
- (25) Fallos CS 325:28. LA LEY, 2002-A, 770.
- (26) Fallos CS 326:417. LA LEY, 2002-D, 919.
- (27) Fallos CS 327:4495; LA LEY, 2004-F, 713.
- (28) Sent. del 5/4/2005; LA LEY, 2005-C, 32, Fallos CS 328:690.

## CAPÍTULO XVI

### Poder Legislativo

#### SUMARIO

- 458. Funciones del Congreso.
- 459. Organización del Congreso.
- 460. Actuación de las Cámaras del Congreso.
- 461. Atribuciones de la Cámara de Diputados.
- 462. Atribuciones de la Cámara de Senadores.
- 463. Composición de la Cámara de Diputados.
- 464. Sistema electoral.
- 465. Diputados suplentes.
- 466. Número de miembros de la Cámara de Diputados.
- 467. Condiciones para ser elegido diputado.
- 468. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Diputados.
- 469. Composición de la Cámara de Senadores.
- 470. Sistema electoral.
- 471. Senadores suplentes.
- 472. Número de miembros de la Cámara de Senadores.
- 473. Condiciones para ser elegido senador.
- 474. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Senadores.
- 475. Presidencia del Senado.
- 476. Condiciones, inhabilidades e incompatibilidades congresuales.
- 477. Condiciones para ser legislador.
- 478. Inhabilidades.
- 479. Incompatibilidades constitucionales.
- 480. Incompatibilidades legales y éticas.
- 481. Prerrogativas congresuales.
- 482. Juicio de las elecciones.
- 483. Reglamento interno.
- 484. Comisiones internas.



- 485. Potestades disciplinarias.
- 486. Potestad disciplinaria sobre los legisladores.
- 487. Desacato congresual.
- 488. Pedido de informes al Poder Ejecutivo.
- 489. Remuneración de los legisladores.
- 490. Inmunidad por las expresiones.
- 491. Inmunidad de arresto.
- 492. Suspensión parcial del proceso penal.
- 493. El desafuero.
- 494. La Ley de Fueros.
- 495. Las sesiones del Congreso.
- 496. Sesiones preparatorias.
- 497. Sesiones ordinarias.
- 498. Sesiones de prórroga.
- 499. Sesiones extraordinarias.
- 500. Publicidad de las sesiones.
- 501. Quórum y régimen de mayorías.
- 502. Mayorías especiales sobre la totalidad de los presentes.
- 503. Mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros existentes.
- 504. Mayoría especial sobre la totalidad de los miembros existentes.

#### 458. Funciones del Congreso

El art. 44 de la Constitución establece que un Congreso, compuesto por dos Cámaras, está investido del Poder Legislativo de la Nación.

En el ámbito de la doctrina de la división de los poderes o separación de las funciones del poder, corresponde al órgano legislativo dictar las normas generales reglamentarias de las disposiciones contenidas en la Constitución. Tanto las atinentes al funcionamiento y conformación de la estructura gubernamental, como las referentes a la regulación de los derechos y garantías reconocidos o que se conceden a las personas, ya sea a título individual o a las entidades que constituyen. Esas reglas generales, que versan sobre las materias establecidas en la Ley Fundamental, reciben el nombre de leyes, cuyo proceso de elaboración y sanción es la más importante de las funciones del órgano legisferante.

Sin embargo, las funciones del Congreso no se agotan con la actividad legisferante. La Constitución dispone que, al margen de la función legislativa que se traduce en

la sanción de las leyes, el Congreso desarrolla otras actividades que han sido englobadas en la llamada función parlamentaria o congresual.

La referencia a la función parlamentaria, empleada usualmente por la doctrina y los legisladores, consideramos que es errónea. En el sistema constitucional argentino resulta inapropiado el uso de una terminología relacionada con el sistema parlamentario imperante en muchos Estados europeos, porque éste no ha sido aceptado por la Ley Fundamental.

Las referencias al parlamento, que inclusive aparecen expuestas en textos legales, decretos del Poder Ejecutivo y sentencias judiciales, encuentran su explicación en el parlamento británico del siglo XIII con el forjamiento de un órgano gubernamental independiente de la corona. Sin embargo, en los Estados Unidos desde su independencia la referencia al parlamento fue sustituida por el vocablo "congreso" como entidad más representativa de la voluntad popular e independiente del órgano ejecutivo gubernamental. De modo que las alusiones al parlamento en los sistemas presidencialistas responde a una costumbre que reflejó una muestra del esnobismo constitucional.

Si se deja a un lado la actividad legislativa, la función congresual abarca las áreas siguientes:

1) La función de control sobre los restantes órganos del gobierno y sobre la actuación de los grupos sociales en su relación con el poder político. Los controles interórganos son recíprocos, pero la Constitución le atribuye al Congreso un rol preponderante en la fiscalización del gobierno. Como órgano integrado por los representantes de diversos sectores políticos que, a su vez, aglutinan los más variados sectores económicos y sociales, su labor está encaminada a exteriorizar los intereses legítimos de aquéllos ante el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, con el propósito de evitar la ruptura del razonable equilibrio que debe existir entre ellos a los fines del bien común.

2) El Congreso tiene funciones jurisdiccionales de índole política y disciplinaria. Si bien la función jurisdiccional del poder estatal, como género que abarca la función judicial, está concentrada en el órgano judicial, la Constitución le otorga al Congreso, como excepción, funciones jurisdiccionales de carácter político para verificar el cumplimiento del requisito de la idoneidad respecto de los funcionarios gubernamentales citados por el art. 53 de la Ley Fundamental. A ellas se añaden las funciones disciplinarias que las Cámaras del Congreso ejercen sobre sus miembros (arts. 64, 66 y 70 de la Constitución Nacional), a las cuales se agregan las que se disponen sobre personas ajenas al Congreso en los casos del desacato congresual. Pero no se trata de funciones judiciales sino jurisdiccionales que están sujetas al control del órgano judicial.

3) El Congreso representa, a nivel institucional, a los grupos sociales de opinión pública. Es el órgano receptor de sus inquietudes, al igual que de las provenientes de cualquier grupo social y de todos los individuos.

Para el cumplimiento efectivo de sus funciones el Congreso necesita, como los restantes órganos del gobierno, disfrutar de una sólida independencia y autonomía. Entre otros presupuestos, esa independencia y autonomía del órgano legislativo requieren:

1) Evitar la implementación de mecanismos que, por vía normativa o extralegal, permitan al Poder Ejecutivo gravitar sobre la designación o remoción de los miembros del Congreso.

2) Permitir la autoconvocatoria del Congreso a sesiones ordinarias, de prórroga o extraordinarias, cuando tal decisión no la adopta el Poder Ejecutivo. Asimismo, en ningún caso será viable para el Poder Ejecutivo disponer la disolución del Congreso.

3) Fortalecer el control del Congreso sobre el Poder Ejecutivo cuando éste ejerce funciones legislativas delegadas (art. 76, Constitución Nacional), o emite decretos de necesidad y urgencia sobre materias legislativas (art. 99, inc. 3º, Constitución Nacional).

4) Consolidar las prerrogativas congresuales como medio indispensable para reducir los efectos de las presiones provenientes del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o de la sociedad. No son privilegios sino potestades otorgadas al Congreso y sus miembros para garantizar su independencia.

5) Aplicar rigurosamente las incompatibilidades congresuales que impiden, a los miembros del Congreso, desempeñar simultáneamente funciones dentro de los órganos ejecutivo, judicial o en los gobiernos provinciales. Otro tanto respecto de ciertas actividades de índole privada que pueden someter a los legisladores a los intereses sectoriales de ciertos grupos.

6) Afirmar el principio sobre la pertenencia de las bancas en el Congreso. Su titularidad pertenece solamente al legislador, con prescindencia del grupo social o político que propició su candidatura y elección. Aun la exclusión del legislador del seno de tales grupos en modo alguno puede acarrear la cesación de su mandato. Conforme al art. 45 de la Constitución, los diputados representan a todos los habitantes del país aunque, para su elección, cada provincia, la Ciudad de Buenos Aires y la Capital de la República, si aquélla pierde esa condición, son distritos electorales. Algo similar acontece con los senadores, quienes representan a los estados provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires según el lugar donde sean electos. Representan a esas entidades y no a su población. La pertenencia de las bancas asignadas a los legisladores también es consecuencia de que su mandato no es imperativo. Si bien los partidos políticos, conforme a la legislación vigente, son los organismos que postulan candidatos para los cargos legislativos (art. 38 CN), en modo alguno pueden imponer al candidato electo una conducta determinada en el ejercicio de su labor legislativa. Podrá aplicarle sanciones disciplinarias y hasta expulsarlo del partido político, pero no de su banca, porque el legislador no representa al partido político sino a todos los habitantes del país. El legislador fue propuesto por el partido político, pero su designación como tal fue hecha por el cuerpo electoral y no por el partido político. Si se aceptara que las bancas

pertenecen a los partidos políticos que postularon a los candidatos electos, no se justificaría que las cámaras del Congreso estén integradas por tantas personas. Bastaría con que cada partido político cuyos candidatos son electos presentara una sola persona como legislador en virtud de concentrar en ella el número de votos por las bancas asignadas a la agrupación política.

7) Desconocer la concepción del mandato imperativo, de raíz corporativa, que permite la remoción del legislador por el partido político o grupo social que determinó su elección, cuando se aparta de las instrucciones que le imparten. La teoría democrática del mandato representativo establece que el legislador representa a toda la sociedad y no solamente a los grupos parciales que la integran.

8) Autonomía funcional que le permita a las Cámaras del Congreso emitir sus propios reglamentos internos.

Tales garantías y recomendaciones, todas ellas provenientes de la letra e interpretación del texto constitucional, posibilitan nominalmente el desenvolvimiento de un órgano legislativo dotado de autonomía e independencia.

#### 459. Organización del Congreso

El órgano legislativo puede estar integrado por una, dos o varias cámaras.

El sistema unicameral, adoptado por varias constituciones provinciales, presenta la virtud de permitir un funcionamiento más ágil y rápido del órgano legislativo. Sin embargo, agilidad y rapidez no son sinónimos de eficiencia.

La composición unicameral del órgano legislativo, al prescindir de un control fundamental intraórgano, puede determinar un injustificado apresuramiento en la labor legisferante. Por otra parte, el control de la cámara única por una transitoria mayoría puede traer aparejado un ejercicio abusivo y despótico del poder en desmedro del pluralismo.

El órgano legislativo también puede estar conformado por varias cámaras, tal como estaba previsto en la Constitución de la ex Yugoslavia de 1952. Junto a una cámara política pueden funcionar dos o más cámaras representativas de intereses sectoriales. Las decisiones son adoptadas con la intervención de la primera y de alguna de las restantes que tenga competencia en la materia específica de que se trate. Es una organización acorde con los lineamientos de un sistema corporativo y no de una democracia representativa.

La Constitución nacional estableció el sistema bicameral para la organización del Congreso, que tiene a su cargo el ejercicio de la función legislativa y de control sobre algunas de las manifestaciones de los órganos ejecutivo y judicial (art. 44, Constitución Nacional).

En el marco de la tradicional doctrina de la división de los poderes constituidos, formulada como técnica eficaz para evitar la concentración del poder y su consecuente ejercicio abusivo en desmedro de la libertad y dignidad del hombre, el

sistema bicameral presupone que el ejercicio de la función legislativa es asignado a un organismo que está compuesto por dos cámaras.

El funcionamiento complementario, armónico y coordinado de esas cámaras, pese a que se concreta en forma separada e independiente, permite la manifestación válida de la voluntad del órgano que integran.

Una de las bondades comparativas del sistema bicameral frente a un sistema de asamblea legislativa o de cámara única, reside en la presencia de un control horizontal intraórgano del poder. Otra ventaja es que el sistema bicameral se traduce en una labor más reflexiva y prudente del órgano legislativo. En la necesaria expresión de un consenso sobre la conveniencia, oportunidad y urgencia para la sanción de una norma jurídica.

Sin desmerecer la importancia de tales circunstancias, que generan un juicio de conocimiento favorable para el sistema bicameral, a ellas se añade una nota adicional. Se trata del régimen federal de Estado que consagra la Constitución jurídica, siguiendo la experiencia resultante del proceso político que forjó la llamada constitución histórica del país. El funcionamiento de dos Cámaras, que se controlan y complementan recíprocamente en el ejercicio de las atribuciones comunes que les confiere la Constitución, permite la inserción del federalismo mediante una solución relativamente sencilla. Una de las Cámaras, la de diputados, representa a la totalidad de los habitantes del Estado nacional mientras que, la otra, el Senado, asume la representación de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires en un plano de igualdad.

#### 460. Actuación de las Cámaras del Congreso

En el sistema bicameral, cada Cámara ejerce las funciones constitucionales del Congreso y actúa en forma separada y autónoma. Pero, por ser partes de un órgano único, esa actuación debe ser, en principio, simultánea.

El art. 65 de la Constitución establece que el comienzo y la conclusión de las sesiones legislativas debe ser simultáneo para ambas Cámaras. Añade que, una vez reunidas las Cámaras, ninguna de ellas podrá suspender sus sesiones por más de tres días sin el consentimiento de la otra.

Las sesiones ordinarias de las Cámaras del Congreso comienzan el primero de marzo de cada año y concluyen el treinta de noviembre (art. 63, Constitución Nacional). Cerradas las sesiones ordinarias, puede ser dispuesta la prórroga de ellas o la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso. Durante tales períodos, la actuación de las Cámaras es simultánea y solamente por razones de suma gravedad alguna de ellas puede disponer la suspensión de sus sesiones, previo consentimiento de la restante si esa suspensión supera los tres días.

Sin embargo, el principio del funcionamiento simultáneo no es absoluto. Al margen de la regla general que prevé el art. 65 de la Constitución, consideramos que la simultaneidad no se impone cuando alguna de las Cámaras se reúne en sesiones preparatorias. Otro tanto, cuando se trata del ejercicio de funciones privativas de

una de las Cámaras para las cuales no se requiere la participación de la otra. El Poder Ejecutivo podría convocar al Senado a sesiones extraordinarias para que preste el acuerdo requerido para ciertos nombramientos (art. 99, incs. 4º, 7º, y 13, Constitución Nacional), o para declarar el estado de sitio en caso de ataque exterior (art. 99, inc. 16, Constitución Nacional).

La actuación de las Cámaras se realiza en forma separada y autónoma. La esencia del control horizontal intraórgano que presupone el sistema bicameral quedaría desvirtuada si se impusiera la actuación conjunta de aquéllas.

De todas maneras, se trata de un principio general que admite excepciones expresamente previstas en la Constitución. El art. 93 de la Ley Fundamental dispone que ambas Cámaras del Congreso, reunidas en Asamblea, recibirán el juramento del presidente y vicepresidente cuando toman posesión de sus cargos. El art. 99, inc. 8º, establece que, en la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso, se reunirán las Cámaras para tomar conocimiento del mensaje que presenta el presidente sobre la situación en que se encuentra el Estado, y las medidas realizadas o que se propicien para dar cumplimiento a los principios de la Ley Fundamental.

Aunque no lo establece expresamente la Constitución, algunos autores consideran razonablemente que las Cámaras se reúnen en Asamblea para aceptar o rechazar los motivos de la renuncia que presenten el presidente o vicepresidente y, en su caso, disponer una nueva elección (art. 75, inc. 21, Constitución Nacional) y también, en caso de acefalía, eligen al funcionario público que, transitoriamente, ejercerá la presidencia de la República (art. 88, Constitución Nacional). Claro está que, en este último caso, si las Cámaras resuelven sancionar una ley de acefalía, su validez deberá ser respetada.

#### 461. Atribuciones de la Cámara de Diputados

Las atribuciones privativas de la Cámara de Diputados que prevé la Constitución son las siguientes:

1. El art. 39 establece que el ejercicio del derecho de iniciativa por parte de los ciudadanos se concreta mediante la presentación de proyectos de leyes ante la Cámara de Diputados. Ella, necesariamente, será la Cámara de origen para la consideración de tales proyectos y el Senado la Cámara revisora.
2. El art. 40 dispone que corresponde exclusivamente a la Cámara de Diputados la iniciativa para la sanción de leyes que convocan a una consulta popular vinculante a los fines de la aprobación o rechazo de un proyecto de ley. La Cámara de Senadores intervendrá en este caso como Cámara revisora. La Constitución no aclara si este mecanismo es aplicable para convocar a una consulta popular no vinculante. La redacción del segundo párrafo de su art. 40 parece indicar que la iniciativa para una consulta popular no obligatoria puede tener origen en cualquiera de las Cámaras. Sin embargo, como las formas semidirectas de democracia constituyen una excepción al sistema representativo de gobierno que establece la Constitución, la interpretación sobre los alcances de aquéllas debe ser

restrictiva. Esa interpretación restrictiva nos induce a sostener que la iniciativa para sancionar una ley para convocar a la consulta popular no vinculante corresponde a la Cámara de Diputados.

3. El art. 52 determina que solamente la Cámara de Diputados tiene la iniciativa en materia de leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.

4. El art. 53 reserva a la Cámara de Diputados la facultad de promover el juicio público y acusar, ante el Senado, al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros y miembros de la Corte Suprema de Justicia.

5. El art. 64 dispone que la Cámara de Diputados es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez.

6. El art. 66 le asigna a la Cámara de Diputados la facultad de dictar su reglamento interno y, por los dos tercios de votos, corregir, sancionar, excluir o remover a sus miembros. Asimismo, por el voto de la mayoría de los miembros presentes decide sobre las renunciaciones a sus cargos que presenten los diputados.

7. El juramento que prestan los diputados en el acto de su incorporación se realiza ante la Cámara de Diputados (art. 67).

8. El art. 70 establece que el pedido de desafuero de un diputado formulado por un juez para su juzgamiento puede ser aceptado por la Cámara mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

9. La Cámara de Diputados, por mayoría de votos, puede requerir la asistencia de los ministros del Poder Ejecutivo para que, ante ella, ofrezcan las explicaciones o informes que les sean requeridos (art. 71).

#### 462. Atribuciones de la Cámara de Senadores

Las atribuciones privativas de la Cámara de Senadores que prevé la Constitución son las siguientes:

1. El art. 59 determina que corresponde al Senado juzgar en juicio público a los funcionarios previstos en el art. 53 que sean acusados por la Cámara de Diputados.

2. Los arts. 61 y 99, inc. 16, reservan al Senado la facultad de autorizar al presidente de la República para declarar el estado de sitio en caso de ataque exterior.

3. El Senado es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez (art. 64).

4. El Senado dicta su reglamento interno y, por los dos tercios de votos, puede corregir, sancionar, excluir o remover a sus miembros. También, por el voto de la mayoría de los miembros presentes, decide sobre las renunciaciones a sus cargos que presenten los senadores (art. 66).

5. El juramento que prestan los senadores en el acto de su incorporación se realiza ante la Cámara de Senadores (art. 67).

6. El pedido de desafuero de un senador formulado por un juez para su juzgamiento puede ser aceptado por el Senado mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes (art. 70).

7. El Senado, por mayoría de votos, puede requerir la asistencia de los ministros del Poder Ejecutivo para que, ante esa Cámara, ofrezcan las explicaciones o informes que les sean requeridos (art. 71).

8. El art. 75, inc. 2º, dispone que las leyes convenio en materia impositiva tendrán como Cámara de origen al Senado. Se trata de una excepción al principio del art. 52, aunque las leyes convenio no pueden establecer o suprimir contribuciones, ni alterar los criterios para su cuantificación.

9. El art. 75, inc. 19, establece que el Senado es Cámara de origen para la consideración de proyectos de leyes que provean al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, así como a la promoción de políticas diferenciadas para equilibrar el desarrollo desigual relativo de las provincias y regiones.

10. El art. 99, inc. 4º, determina que los jueces de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado.

11. El art. 99, inc. 4º, establece que los jueces inferiores son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros presentes del Senado.

12. El Poder Ejecutivo nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 7º).

13. Se requiere el acuerdo del Senado para que el Poder Ejecutivo pueda proveer los empleos militares de la Nación (art. 99, inc. 13).

14. El Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio en caso de ataque exterior, con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 16).

#### 463. Composición de la Cámara de Diputados

El art. 45 de la Constitución contiene los principios básicos a los cuales debe adecuarse la integración de la Cámara de Diputados.

Los miembros de la Cámara son elegidos en forma directa por el cuerpo electoral integrado por todos aquellos ciudadanos que ejercen el acto político individual del voto. A su vez, tanto la Cámara como cada uno de sus integrantes representan a la totalidad de la población del país. En el caso de estos últimos, con prescindencia del distrito electoral en que fueron elegidos.

El Congreso de la Nación está facultado para sancionar las leyes reglamentarias que establezcan el sistema para la elección de los diputados. La generalidad y flexibilidad del art. 45 de la Ley Fundamental posibilita la implementación de las

más diversas técnicas electorales, siempre que se respete el principio de la "simple pluralidad de sufragios" que impone tal norma y la composición de los distritos electorales.

Esa cláusula solamente excluye todas las variantes de los sistemas electorales de mayoría absoluta para la designación de los diputados nacionales, así como también la alteración de los distritos electorales que impida que la totalidad de los diputados que deban ser elegidos en un distrito no lo sea por la totalidad de los ciudadanos registrados electoralmente en ese distrito.

Para la elección de los diputados, cada provincia, la Ciudad de Buenos Aires y la ciudad que, eventualmente, sustituya a esta última en su condición de Capital de la República, son distritos electorales de un solo Estado. Esto significa que la elección de los diputados se realiza en forma independiente en cada distrito electoral, pero que ellos representan a la población de la totalidad de los distritos.

#### 464. Sistema electoral

Las reformas introducidas al Código Electoral Nacional por las leyes 24.444 y 26.571 regulan el sistema electoral aplicable para la designación directa de los diputados nacionales.

El art. 158 establece que en cada distrito electoral los electores deberán expresar su preferencia solamente por una lista de candidatos oficializada, cuyo número será igual al de los cargos a cubrir con más la cantidad de suplentes que prevé la ley.

El escrutinio de la elección se realiza por lista sin considerar las tachas o sustituciones que en ellas realicen los votantes (art. 159). Asimismo, no participan en la asignación de cargos electorales aquellas listas que no obtienen un mínimo del 3% de los votos del padrón electoral del distrito (art. 160).

La asignación de los cargos se realiza conforme al sistema de representación proporcional en su variante D'Hondt.

#### 465. Diputados suplentes

La ley prevé la elección de diputados suplentes individualizados en las listas, según el mismo procedimiento.

El art. 164 del Código Electoral Nacional establece que en caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado, será sustituido por el primer candidato titular de su lista que no hubiera resultado electo, y así sucesivamente. Una vez agotada la nómina de los candidatos titulares, los cargos vacantes serán cubiertos por los candidatos suplentes conforme al orden en que figuren en la lista respectiva. Quienes sustituyen a los diputados electos originariamente, ejercen el cargo hasta que concluya el mandato que le hubiere correspondido al titular.

El art. 51 de la Ley Fundamental dispone que, en caso de vacante, el gobierno de la provincia o de la Capital convocarán a la elección de un nuevo miembro.

Sin embargo, el decreto ley 6809/57 previó la elección de suplentes para integrar la convención reformadora de 1957, y otro tanto hicieron las leyes 16.582 y 19.862 para la elección de legisladores nacionales.

La postulación y elección de legisladores suplentes ha sido objeto de opiniones dispares en nuestra doctrina constitucional.

Para Bidart Campos la clara redacción del art. 51 revela que la Constitución quiere que la diputación vacante se cubra con una nueva elección. Considera inconstitucional todo sistema legal que establezca la elección de diputados suplentes para reemplazar a los titulares pues, además, las preferencias del electorado pueden variar entre la elección de diputados y la ulterior del nuevo que debe cubrir una vacante.

Linares Quintana sostiene, en forma categórica, la inconstitucionalidad de la norma contenida en el Código Electoral que establece la elección de diputados suplentes. La Constitución exige expresamente que, en caso de producirse una vacante, se convoque a la elección de un nuevo miembro y ella se debe concretar con posterioridad a la producción de la vacante.

Compartimos las opiniones de Linares Quintana y Bidart Campos. El art. 51 no ofrece duda alguna sobre el requerimiento de una nueva elección para la cobertura de las vacantes, y la claridad del texto impide adoptar una solución diferente.

El sistema constitucional del art. 51 impide la desnaturalización de la representatividad resultante, lamentablemente, de la aceptación de los legisladores suplentes. Con frecuencia, los legisladores titulares obtienen licencias para ocupar cargos en el órgano ejecutivo del gobierno, al tiempo que son transitoriamente reemplazados por sus suplentes. Pero, una vez que dejan de ejercer tales cargos, retornan a la Cámara de Diputados y reemplazan a los legisladores suplentes.

También los legisladores en el curso de sus mandatos suelen presentar sus candidaturas para ocupar otros cargos mientras que queda entendido que, de concretarse su elección, serán sustituidos por sus suplentes. Tales prácticas parecen oponerse a las reglas de la ética republicana y fomentan las aventuras políticas destinadas a saciar las aspiraciones de una persona o de alguna agrupación política. Pero todo ello con prescindencia de la voluntad de los mandantes.

#### 466. Número de miembros de la Cámara de Diputados

La Constitución no establece un número determinado de miembros para la Cámara de Diputados, sino un método que permite determinar la cantidad de sus integrantes. Adopta un criterio dinámico que le permite al Congreso enunciar la cantidad de integrantes de la Cámara en forma proporcional al número de habitantes del país.

El art. 45 dispone que, en cada distrito electoral, será designado un diputado por cada 33.000 habitantes o fracción que no sea inferior de 16.500. Agrega que,

después de la realización de cada censo, el Congreso por ley fijará la nueva representación con arreglo a él, para lo cual podrá aumentar pero no disminuir la base poblacional citada por el art. 45 para la elección de cada diputado.

Cuando fue sancionada la Constitución en 1853, no existía una base cierta para determinar la cantidad de población existente en cada provincia. Por tal razón, para la primera integración de la Cámara de Diputados, los convencionales constituyentes resolvieron respetar el número de legisladores que habían sido elegidos en cada provincia para formar el Congreso de 1826. Fue así que, en el art. 46 de la Constitución dispusieron que en Buenos Aires se eligieran 12 diputados, en Córdoba 6, en Catamarca 3, en Corrientes 4, en Entre Ríos 2, en Jujuy 2, en Mendoza 3, en La Rioja 2, en Salta 3, en Santiago del Estero 4, en San Juan 2, en Santa Fe 2, en San Luis 2 y en Tucumán 3.

El número original de 50 diputados fue aumentado a 86 en 1872, con motivo del censo realizado en 1869. El número de diputados que fueron elegidos en cada provincia fue de 25 en Buenos Aires, 4 en Santa Fe, 7 en Entre Ríos, 6 en Corrientes, 11 en Córdoba, 3 en San Luis, 3 en Mendoza, 3 en San Juan, 4 en Catamarca, 2 en La Rioja, 7 en Santiago del Estero, 4 en Salta y 2 en Jujuy. Los restantes 5 diputados fueron elegidos en la Ciudad de Buenos Aires conforme a la ley 580.

A raíz de los sucesivos censos y la provincialización de los territorios nacionales, cuya población no estaba representada en la Cámara de Diputados, el número de sus integrantes fue aumentando. En 1898 había 120 diputados, 158 en 1920, 187 en 1958, 243 en 1973 y 254 en 1983. Con motivo de la provincialización de Tierra del Fuego, el número de diputados se amplió a 257.

La ley 22.847, sancionada por el gobierno de facto en 1983, establece que corresponde elegir un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. Sin embargo, en su art. 3º alteró el principio constitucional de la proporcionalidad al disponer que, al número de diputados que corresponde elegir en cada distrito, se le agregará la cantidad de 3 diputados, no pudiendo ser inferior a 5 el número de diputados a elegir por distrito, con la salvedad del entonces territorio nacional de Tierra del Fuego, donde se elegían 2 diputados.

A ello se añadió otra alteración porque la ley dispone que el número de diputados por cada distrito no podía ser inferior al que tenía en marzo de 1973.

La ley 19.862, sancionada por el gobierno de facto en 1972, había dispuesto que se debía elegir un diputado por cada 135.000 habitantes o fracción que no bajara de 67.500. Además, a cada distrito se debía agregar la cantidad de tres diputados que sería la mínima que le correspondía en la Cámara de Diputados, con la salvedad de Tierra del Fuego donde se elegirían 2 diputados.

Con la ley 22.847 se incrementó la arbitrariedad resultante de la ley 19.862, al desconocer aquella regla de proporcionalidad del art. 45 de la Constitución. En efecto, los ciudadanos de ciertos distritos electorales designan a un mayor número

de diputados, teniendo en cuenta su población, que los ciudadanos de otros distritos, lo que vulnera el principio de igualdad.

Tampoco se cumplió con la parte final de esa norma que impone al Congreso el deber, después de la realización de cada censo de la población, de fijar la representación con arreglo a él, "pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado". Tanto la ley 19.862 como la 22.847 redujeron implícitamente esa base al incrementar el número de diputados sin considerar las variaciones operadas en el número de habitantes del país.

A ello se añadió otra incongruencia. El Congreso se abstuvo de modificar la base de representación que imponían los censos realizados en 1991 y 2001.

La aplicación estricta de las reglas contenidas en los arts. 45, 46 y 47 revela que la Cámara de Diputados cuenta con un número de 30 diputados que supera el máximo resultante de la Constitución. Sobre la base del censo efectuado en 1991, ese máximo superado era de 54 diputados.

¿Impone la Constitución un número mínimo de diputados para ser elegidos en cada distrito electoral? La cuestión fue debatida en 1959 cuando, por la ley 15.264, se estableció que en cada provincia serían elegidos, como mínimo, dos diputados.

Por nuestra parte, compartiendo la opinión de Bidart Campos, sostenemos la rigurosa aplicación de la regla de proporcionalidad establecida por la Constitución, con la salvedad de que, en cada distrito electoral, se debe elegir un mínimo de dos diputados.

Esta conclusión emana del art. 46 de la Ley Fundamental que, para la composición de la primera legislatura, estableció el mínimo de dos diputados que debían ser elegidos en algunas provincias.

#### 467. Condiciones para ser elegido diputado

El art. 48 de la Constitución establece los requisitos que se deben reunir para que una persona sea diputado nacional.

Tales requisitos se deben cumplir al momento en que la persona elegida se incorpore a la Cámara de Diputados. Incorporación que se concreta cuando, conforme al art. 64, la Cámara se expide sobre la validez de la elección, derechos y títulos de quien fue elegido en los comicios conforme a lo resuelto por la justicia electoral, y una vez que el candidato electo preste el juramento de estilo.

En cambio, cuando se trata de senadores, el art. 55 de la Ley Fundamental exige que los requisitos respectivos se cumplan en el acto de la elección y no de la incorporación.

La distinción es importante, porque cabe la elección de un diputado sin que reúna plenamente los requisitos del art. 48. Pero su ingreso a la Cámara no será posible hasta que ellos se cumplan. La Cámara Nacional Electoral tiene resuelto que el cumplimiento de los requisitos constitucionales se debe operar antes de la

conclusión de las sesiones preparatorias de la Cámara inmediatamente posteriores al acto electoral.

La edad mínima para ser diputado es la de 25 años. Este requisito, al igual que los restantes, consideramos que puede ser alterado por las Constituciones provinciales respecto de sus legisladores locales.

El diputado debe tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio. Puede ser argentino nativo, por opción o naturalizado. Pero, en este último caso, debe disfrutar de la nacionalidad argentina al menos cuatro años antes de su incorporación a la Cámara.

Para acceder al cargo de diputado se requiere haber nacido en la provincia donde se lo elige o, en su defecto, tener una residencia inmediata y no interrumpida en ella de dos años. Este requisito se debe cumplir al momento de la incorporación a la Cámara.

Si bien los requisitos resultantes del art. 48 de la Constitución se deben cumplir al momento de la asunción del cargo por la persona elegida, se acepta su verificación con motivo de la oficialización de las candidaturas. Así lo hizo la Cámara Nacional Electoral en el caso "Morales" (1), donde fue impugnada la candidatura a diputado nacional de Néstor Kirchner por entender que no cumplía con el requisito de la residencia mínima de cuatro años en la provincia de Buenos Aires. Kirchner, nativo de la provincia de Santa Cruz residía, desde el año 2003, en la quinta presidencial de Olivos ubicada en el distrito bonaerense. Hasta diciembre de 2007 por ser presidente de la República y luego por ser cónyuge de quien fuera electa presidente en ese año. La Cámara distinguió los conceptos de domicilio electoral y residencia. El domicilio electoral es el último registrado en el documento de identidad de una persona, mientras que la residencia a que alude la Constitución es el lugar de permanencia de una persona siempre que esté inscripta en el registro electoral del distrito en el cual se postula como candidato.

Conforme a la Cámara Nacional Electoral, quien no es nativo de un distrito puede ser candidato para ser electo en él si tiene una residencia no inferior a la de cuatro años y tiene su domicilio electoral registrado en ese lugar. Cuando el registro electoral no tiene una antigüedad de cuatro años, la residencia por un período no inferior puede ser acreditada por diversos medios de prueba, salvo la testimonial (2).

Las condiciones que se deben cumplir para ser diputado, senador, presidente o vicepresidente de la República y juez de la Corte Suprema de Justicia son solamente aquellas que impone la Constitución. Ellas son de interpretación restrictiva y no pueden ser ampliadas por ley del Congreso.

Ellas no se deben confundir con las inhabilidades que para el ejercicio del cargo resultan de la Constitución o de las leyes, así como tampoco con las inhabilitaciones impuestas por la ley y que deben ser declaradas, en cada caso concreto, por los jueces. Todas ellas son extensibles a los senadores.

Tal es la situación de quienes están excluidos del padrón electoral; los que no fueron proclamados candidatos por los partidos políticos; o quienes fueron sancionados por no haber emitido su voto en los comicios (arts. 3º, 60 y 125 de la ley 19.945); el personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas en actividad o en situación de retiro, cuando hayan sido llamados a prestar servicios; el personal subalterno y superior de la fuerza de seguridad de la Nación y de las provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios; los magistrados y funcionarios del Poder Judicial nacional, provincial y tribunales de faltas municipales; los que desempeñaran cargos directivos o fueran apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas de la Nación, provincias, municipalidades o entidades autárquicas o descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar (art. 33 de la ley 23.298).

A ellos se agregan quienes, por sentencia firme judicial, están inhabilitados para ocupar ciertos cargos públicos mientras subsista la inhabilitación.

A diferencia de las condiciones, que son fijas y estables, las incompatibilidades e inhabilitaciones pueden cesar en cualquier momento por voluntad del propio interesado, por cumplimiento del plazo de inhabilitación o, cuando se trata de condenas judiciales, por el indulto que establezca el Poder Ejecutivo o la amnistía que disponga el Congreso.

#### 468. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Diputados

El art. 50 de la Constitución dispone que los diputados duran cuatro años en sus cargos y que son reelegibles, por iguales períodos, en forma indefinida.

La Cámara de Diputados se renueva por mitades cada dos años para permitir, en forma regular y periódica, que aquella refleje en su composición las variaciones que se operan en las preferencias políticas del electorado.

Para la constitución de la primera legislatura, el art. 50 establece que, una vez elegidos los diputados, se determina por sorteo quiénes tendrán un mandato de cuatro años y quienes el de dos. Esta cláusula se aplicó también cada vez que fueron restablecidas las instituciones después de las rupturas del orden constitucional producidas en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976.

#### 469. Composición de la Cámara de Senadores

El art. 54 de la Constitución establece, de manera expresa, cómo se integra la Cámara de Senadores.

A diferencia de lo que acontece con la elección de los diputados, los constituyentes optaron por no dejar librado al Congreso la determinación del sistema electoral aplicable para la designación de los senadores.

Cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires están representadas por tres senadores. Su elección es realizada en forma directa por los ciudadanos de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires, correspondiendo dos bancas a los

candidatos propuestos por el partido político que obtenga mayor número de votos y la restante al candidato de la agrupación que le siga en el número de votos.

Si bien la elección la realizan los ciudadanos, los senadores no representan a la población del país ni a la del distrito donde son elegidos. Ellos son representantes de las entidades provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

La reforma constitucional de 1994 introdujo importantes modificaciones en la composición de la Cámara de Senadores. Una de ellas consiste en reservar a los partidos políticos la postulación de candidatos para senadores nacionales. Se trata de una cláusula cerrada cuya alteración parece inviable mediante una ley reglamentaria.

Tal circunstancia suscita una polémica sobre a quién le corresponde la titularidad de las bancas. El art. 54 de la Ley Fundamental alude a los partidos políticos y contraría así uno de los principios más elementales de la representación política.

Sin embargo, una correcta interpretación sistemática de la Constitución permite descartar la que emana de su interpretación literal que, como sabemos, es la menos recomendable en materia constitucional.

En efecto, el monopolio de los partidos políticos se limita a la postulación de candidatos, pero estos últimos no son elegidos senadores por el partido sino por los ciudadanos actuando en forma directa. Son, en definitiva, los ciudadanos y no los partidos políticos quienes eligen a los senadores y les instituyen el mandato de representar a la provincia o Ciudad de Buenos Aires.

#### 470. Sistema electoral

El art. 54 de la Ley Fundamental determina el sistema para la elección de los senadores nacionales. La elección la realizan los ciudadanos en forma directa votando por una lista cerrada e incompleta.

Cerrada porque no pueden efectuar sustituciones o tachaduras. Incompleta porque cada lista sólo registra dos candidatos, pese a ser tres los cargos a cubrir.

Realizado el escrutinio, dos bancas se adjudican a la lista de candidatos que obtuvo simple mayoría de votos y, la restante, al primer candidato de la lista que siga a la anterior en el número de los votos. No está prevista la hipótesis de que se presente un solo partido político a la contienda electoral. Consideramos que, en tal caso, podrá postular tres candidatos porque resulta inconcebible que se reduzca la representación de una provincia en el Senado.

El art. 54 de la Constitución dispone que las tres bancas senatoriales de cada distrito se distribuyen entre los candidatos de los dos partidos políticos mayoritarios. Por su parte, la ley 23.298 autoriza la formación de alianzas electorales entre los partidos políticos para presentar listas comunes de candidatos (art. 10). Asimismo, la ley 19.945 establece que el escrutinio para la elección de senadores se hará entre los dos partidos o alianzas electorales que obtengan mayor número de votos.

Si dos o más partidos políticos, sin constituir una alianza, deciden presentar los mismos candidatos para la cobertura de las bancas senatoriales, ¿es posible unificar el caudal de votos que obtiene cada uno?

En el caso "Alianza Frente por un Nuevo País" (3), la Cámara Nacional Electoral consideró que esa solución no era aceptable, sentencia que la Corte Suprema ratificó (4).

El tema sujeto a debate reside en determinar si cabe modificar ese art. 157 de la ley 19.945, para disponer que la presentación de listas comunes por diversas agrupaciones políticas pueda ser configurada como una alianza implícita de los partidos políticos. Sobre el particular, entendemos que no habría un reparo constitucional porque se estaría modificando, no el texto constitucional, sino su reglamentación.

#### 471. Senadores suplentes

Con respecto a la elección de senadores suplentes, consideramos que ella era viable porque emanaba de una disposición transitoria de la Constitución, pero impracticable en el año 2001 cuando cesó su vigencia. En ese momento, tenía plena aplicabilidad el art. 62 de la Constitución que impone la cobertura de las vacantes mediante una nueva elección. Si bien el art. 157 del Código Electoral Nacional establece la elección de senadores suplentes, su apartamiento del texto de la Ley Fundamental nos merece iguales reparos a los expuestos para la elección de los diputados suplentes.

#### 472. Número de miembros de la Cámara de Senadores

La Constitución disponía, antes de su reforma de 1994, que cada provincia y la ciudad Capital de la República estaban representadas por dos senadores.

El Senado, en su composición histórica originaria, estuvo integrado por 30 senadores. La paulatina provincialización de los territorios nacionales, que abarcaban el ámbito físico de las actuales provincias del Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, elevó a 48 el número de los miembros de la Cámara de Senadores.

Actualmente, como el art. 54 de la Constitución establece en tres el número de senadores que representan a cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires, aumentó a 72 el número de miembros de esa Cámara.

El incremento del número de senadores dispuesto en 1994 en modo alguno conduce a fortalecer el sistema federal de Estado, porque su causa tuvo una clara motivación electoral y no de política arquitectónica.

Una de las modificaciones más sugestivas introducidas con la reforma de 1994 consistió en privar de representación en el Senado a la ciudad Capital de la República, que disfrutaba de ella con anterioridad por expresa disposición constitucional. El actual art. 54 de la Ley Fundamental se limita a otorgar esa



representación a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, sea o no capital de la Nación.

#### 473. Condiciones para ser elegido senador

El art. 55 de la Constitución establece los requisitos que debe reunir un candidato para ser elegido senador nacional.

A diferencia del art. 48 que, para los diputados, exige el cumplimiento de los requisitos respectivos al tiempo de la incorporación a la Cámara, el art. 55 impone su cumplimiento al momento de la elección.

El art. 55 dispone que para ser elegido senador es necesario tener la edad de treinta años, seis años de ciudadanía y ser natural de la provincia que lo elija o tener dos años de residencia continua e inmediata en ella.

El art. 55 de la Ley Fundamental también exige que la persona electa disfrute de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente. Se trata de un requisito que no es impuesto a los diputados nacionales.

Carlos Bidegain, considerando la equivalencia que presentaba el peso fuerte en 1875, arriba a la conclusión de que dos mil unidades de esa moneda equivalían a 3332 gramos de oro fino o 107 onzas troy.

Este es un requisito que ha sido objeto de severas críticas por parte de nuestra doctrina constitucional.

En el Congreso General Constituyente de 1853, la razonabilidad de su vigencia fue defendida por Benjamín Gorostiaga. Para fortalecer al Senado como factor de equilibrio frente a las pasiones políticas, sostuvo: "porque en el sistema representativo del Senado era un cuerpo moderador de las exigencias ardorosas del pueblo que estaban representadas en la Cámara de Diputados". Sin embargo, admitía que en la práctica "cuando un hombre era patriota, virtuoso e ilustrado, el mismo Senado, que era juez de sus títulos, daría lugar a estas excepciones, sin necesidad de levantar un sumario para asegurarse de las condiciones de elegibilidad; que para los jóvenes estaba abierta la Cámara de Diputados". De tal modo, le reconocía al Senado la posibilidad de soslayar la exigencia constitucional en algún caso concreto.

Si bien este requisito es pasible de severas críticas teóricas, porque no se compadece con el espíritu político de una república democrática, lo cierto es que está impuesto por la Constitución desde 1853 sin haber sido objeto de reformas. Su presencia en el texto de la Ley Fundamental impone el estricto cumplimiento pese a que, en la actualidad, no reviste el carácter restrictivo que quizás pudo tener al tiempo de ser sancionada la Constitución. En efecto, las dietas mensuales y otros ingresos adicionales que perciben los senadores superan holgadamente el monto del requisito constitucional.

#### 474. Duración del mandato y renovación de la Cámara de Senadores

Antes de la reforma constitucional de 1994, el mandato de los senadores que representaban a cada provincia y a la Capital de la República era de nueve años, al tiempo que podían ser reelegidos indefinidamente. A su vez, la Cámara se renovaba por tercios cada tres años, respecto de lo cual se había acordado, en la doctrina congresual, que no podía cesar simultáneamente el mandato de los representantes de una misma provincia.

Al fijar el lapso de nueve años, el propósito de los constituyentes de 1853/60 fue el de asignar cierta estabilidad conservadora a la actuación política del Senado. Servía de efectivo contrapeso al exceso de dinamismo en que podía incurrir la Cámara de Diputados cuyos miembros, si bien tenían y tienen un mandato de cuatro años, se renovaban por mitades cada dos años.

Por otra parte, como los senadores representaban y representan a las provincias, se consideró prudente que quienes tuvieran a su cargo la defensa de los intereses provinciales en el seno del Gobierno nacional estuvieran dotados de un mandato lo suficientemente prolongado como para poder actuar con independencia de los cambios políticos que se produjeran en aquéllas. Fue así que, con frecuencia, eran designados senadores los ex gobernadores de las provincias como una especie de culminación de sus carreras políticas.

Asimismo, como el Senado se renovaba por tercios cada tres años, se preveía una equilibrada y paulatina modificación en su elenco, lo que posibilitaba la incorporación restrictiva de las nuevas ideas y tendencias políticas locales. Tendencias e ideas cuyos portadores eran los legisladores provinciales que elegían a los miembros de la Cámara.

El art. 56 de la Constitución establece que los senadores duran seis años en sus cargos y que son reelegibles indefinidamente. Pero la Cámara se renueva cada dos años en un tercio de los distritos representados.

#### 475. Presidencia del Senado

La Constitución no establece quién presidirá la Cámara de Diputados. Ese cargo es conferido por los diputados a uno de sus miembros conforme al procedimiento que prevea su reglamento interno. En cambio, el art. 57 de la Ley Fundamental dispone que el vicepresidente de la Nación es el presidente del Senado, pero que no tiene voto sino en el caso que haya empate en la votación.

En caso de ausencia del vicepresidente, o cuando ejerza las funciones del presidente de la República, el art. 58 establece que los senadores nombrarán a uno de ellos para que ejerza la presidencia de la Cámara en forma provisoria. A tales fines, y conforme a su reglamento interno, se designan anualmente las autoridades del Senado.

Consideramos que cuando la presidencia del Senado es ejercida, de manera provisoria, por uno de sus miembros, éste no dispone de un voto adicional en caso de registrarse un empate en la votación, aunque no fue ésta la solución adoptada en la práctica.

En caso de juicio político, si el acusado es el presidente de la Nación, la presidencia del Senado no la ejerce el vicepresidente sino el presidente de la Corte Suprema, pero solamente para la tramitación del juicio público y no para presidir la labor normal del Senado.

#### 476. Condiciones, inhabilidades e incompatibilidades congresuales

En un sistema presidencialista, la función política esencial del Congreso consiste en armonizar la amplia gama de intereses individuales y sociales generados por los particulares, los grupos sociales y los factores de poder, para concretar la obtención de las soluciones que mejor se adecuen a los requerimientos globales del bien común.

Con tal objeto, el Congreso formula las normas legales que considera necesarias o convenientes, y ejerce un control activo sobre el curso de acción que desarrollan los restantes órganos del gobierno encargados de ejercer el poder institucionalizado.

Para resolver los conflictos que puedan originar las divergencias entre los diversos intereses sectoriales, y para evitar los abusos en que pueden incurrir los órganos del gobierno con motivo del ejercicio del poder, el Congreso debe estar dotado de la independencia y el prestigio suficientes que le permitan desempeñar su actividad sin quedar sujeto a presiones ineludibles que desemboquen en una desnaturalización de sus funciones, o al deterioro de su autoridad por obra de la mediocracia.

En el caso concreto de las incompatibilidades congresuales, éstas son establecidas, en forma directa o indirecta, por las normas constitucionales con el objeto de impedir el desempeño simultáneo de la función legislativa y de ciertos cargos públicos o privados por hallarse el legislador en una situación material o ética que repercuta negativamente sobre una actuación eficaz o independiente.

En cambio, las inhabilidades son impuestas por la ley en virtud de suspender, transitoriamente, el ejercicio de derechos políticos por quien es alcanzado por ellas.

Las incompatibilidades pueden manifestarse tanto antes como con posterioridad a la incorporación de la persona elegida para integrar alguna de las Cámaras del Congreso. Si es anterior, la incorporación queda condicionada a la desaparición de la incompatibilidad. Si es posterior, se impone la suspensión o el cese del mandato legislativo. En ambos supuestos, y con consideración de las particularidades del caso, cada Cámara decidirá sobre las consecuencias que traerá aparejada la incompatibilidad sobre el mandato legislativo.

Las incompatibilidades congresuales difieren sustancialmente de las condiciones que supeditan la elección de los legisladores. Las incompatibilidades afectan al individuo que fue elegido legislador y que ya está incorporado o en condiciones de ser incorporado al cuerpo legislativo. En cambio, las condiciones de elegibilidad se

refieren a los requisitos objetivos que debe cumplir una persona para ser elegida válidamente.

Una de las muestras más importantes de esa diferencia reside en las consecuencias que se derivan de una y otra situación. Así, la inelegibilidad es causal de nulidad de la elección viciada e impide, en forma definitiva, el ingreso al Congreso del individuo electo. En cambio, la incompatibilidad genera una situación transitoria, en el curso de la cual la desaparición o subsistencia de la causal de incompatibilidad desemboca en la conservación de la banca, o en el cese del mandato legislativo.

#### 477. Condiciones para ser legislador

Las condiciones para ser legislador son los requisitos impuestos por la Constitución para que una persona pueda ser elegida o asumir una banca en el Congreso.

Hemos visto que, a través de una interpretación literal de los arts. 48 y 55 de la Constitución, se entiende que los diputados deben cumplir esos requisitos al momento de ser incorporados a la Cámara. En cambio los senadores deben satisfacerlos en el momento de la elección. Esa interpretación permitió la elección como diputados de personas que, tanto al momento de los comicios como al momento del comienzo de su mandato, no habían cumplido veinticinco años de edad.

Las condiciones establecidas por los arts. 48 y 55 de la Ley Fundamental tienen carácter objetivo. Se refieren a la edad, nacionalidad, lugar de nacimiento o residencia y, en el caso de los senadores, al hecho de disfrutar de una renta anual.

La verificación de estas condiciones debe ser hecha por los jueces electorales al momento de la oficialización de las candidaturas. Si se oficializa la candidatura de una persona que no cumple con los requisitos constitucionales y ella resulta electa, corresponderá que las cámaras rechacen su diploma por aplicación del art. 64 de la Ley Fundamental.

Pero, al margen de los requisitos enunciados en los arts. 48 y 55, que no pueden ser ampliados por el legislador, el art. 16 de la Constitución impone el requisito de la idoneidad para el acceso a un cargo público. Se trata tanto de la idoneidad técnica como ética.

El único órgano constitucionalmente habilitado para expedirse sobre el cumplimiento del requisito de la idoneidad es el pueblo en los comicios. Las cámaras, en ejercicio de la prerrogativa del art. 64, no pueden sustituir al pueblo en la apreciación de un requisito esencialmente subjetivo. Sí lo pueden hacer solamente cuando la ausencia de idoneidad es sobreviniente a la incorporación del legislador, pero no si es anterior porque sobre ella ya se expidió el pueblo.

Es interesante la experiencia recogida en los Estados Unidos con motivo de la aplicación de esta condición por su Congreso. En varias oportunidades desconoció los diplomas presentados por individuos que habían sido debidamente electos por

considerar que sus cualidades morales eran objetables, lo que configuraba el incumplimiento de una condición para acceder al cargo. Así, en 1900, la Cámara de Representantes rechazó el diploma de Brigham H. Roberts, elegido en el Estado de Utah, por practicar la poligamia. En 1919 rechazó el diploma de Victor Berger, del Estado de Wisconsin, debido a que había sido condenado por desarrollar actividades sediciosas durante la Primera Guerra Mundial.

En 1966 rechazó el diploma de Adam Clayton Powell, elegido en el Estado de Nueva York, por entender que había realizado actos que encuadraban en la figura de la malversación de fondos públicos. Precisamente, para poner freno a esta desnaturalización de las condiciones, la Suprema Corte de ese país, en el caso "Powell v. Mc Cormack", estableció que la facultad del Congreso para incorporar a sus miembros está limitada y condicionada a las calificaciones objetivas previstas en la Constitución, sin perjuicio de reconocer la atribución de las Cámaras del Congreso para determinar si una persona presenta, o no, las incompatibilidades prescriptas por la Ley Fundamental.

#### 478. Inhabilidades

La Constitución o la ley pueden contener disposiciones que privan, transitoriamente, de sus derechos políticos a las personas alcanzadas por las inhabilidades que imponga. Cuando son impuestas por el legislador, su validez está condicionada a la razonabilidad de ellas.

Las inhabilidades son constitucionales o legales.

Son inhabilidades constitucionales:

- 1) La prevista en el art. 36 de la Ley Fundamental. Acarrea, previa condena judicial, la inhabilidad perpetua para ocupar cargos públicos a quienes producen o intentan producir la ruptura del orden constitucional. La inhabilidad es automática aunque el juez no la contemple en su sentencia condenatoria.
- 2) El art. 60 de la Constitución faculta al Senado para aplicar, al culminar el juicio político, una sanción accesoria al funcionario removido de su cargo. Consiste en la inhabilidad para ejercer cargos públicos de manera perpetua o por el lapso que determine el Senado.

Son inhabilidades legales las resultantes de la ley 19.945 —Código Electoral Nacional— y 23.298 —Ley Orgánica de los Partidos Políticos— sin perjuicio de las que pueda imponer el legislador en otras normas jurídicas:

- 1) No pueden ser candidatos en elecciones generales, ni precandidatos en las elecciones primarias de los partidos políticos las personas excluidas del padrón electoral (art. 33, inc. a), ley 23.298). Conforme al art. 3º de la ley 19.945 son:
  - 1.1) Los dementes declarados tales en juicio. No se incluye a quienes están reclusos en establecimientos públicos por razones psíquicas.

- 1.2) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad por el término de la condena. Consideramos que la inhabilitación se diluye en caso de amnistía, indulto o conmutación de pena.

- 1.3) Los condenados por violar leyes nacionales o provinciales sobre juegos de azar. La inhabilitación es por tres años y, en caso de reincidencia, por seis años.

- 1.4) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble del término de la duración de la sanción.

- 1.5) Los declarados rebeldes en causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción. Es dudosa la constitucionalidad de la norma al considerar que no se puede privar de sus derechos políticos a los procesados ni a quienes no han sido objeto de una sentencia penal condenatoria.

- 1.6) Los que en virtud de disposiciones legales están inhabilitados para el ejercicio de derechos políticos.

- 2) No pueden ser candidatos los infractores a la obligación de votar que no justificaron su incumplimiento. La decisión tiene que ser adoptada judicialmente, y la inhabilidad se extiende hasta el tercer año de la elección donde se produjo el incumplimiento del deber cívico.

- 3) El presidente, tesorero, los responsables políticos y económico-financieros de los partidos políticos que autoricen o consientan el uso indebido de los fondos de un partido político, o que no puedan acreditar el origen o destino de tales fondos, son pasibles de ser inhabilitados de seis meses a diez años para ejercer sus derechos de elegir y ser elegidos en las elecciones nacionales y en las internas de los partidos políticos.

- 4) Los individuos o propietarios, directores, gerentes o representantes de personas jurídicas que realicen donaciones a los partidos políticos prohibidas por la ley pueden ser inhabilitados durante seis meses a diez años para el ejercicio de sus derechos de elegir y ser elegidos en las elecciones nacionales y en las elecciones de autoridades de los partidos políticos.

- 5) No pueden ser candidatos el personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de seguridad, nacional o provincial que estén en actividad o retirados llamados a prestar servicios.

- 6) No pueden ser candidatos los magistrados y funcionarios del Poder Judicial nacional, provincial y municipal. Entendemos que se trata de una incompatibilidad. Como inhabilidad, su constitucionalidad resulta dudosa.

- 7) No pueden ser candidatos quienes desempeñan cargos directivos o fueron apoderados de empresas concesionarias de servicios y obras públicas de la Nación, provincias, municipios, o de entidades autárquicas, descentralizadas o de empresas que exploten juegos de azar (art. 33, inc. e), ley 23.298). Al igual que en el caso anterior, se trata de una incompatibilidad cuya constitucionalidad es

dudosa. Consideramos que es una inhabilidad que impide el acceso al cargo electoral.

8) No pueden ser candidatos los procesados por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras graves violaciones de derechos humanos o conductas delictivas previstas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 (art. 33, inc. f), ley 23.298). Esta cláusula fue introducida por la ley 26.571 publicada el 14/14/2009. Consideramos que la disposición es inconstitucional pues priva de sus derechos políticos a personas beneficiadas con la presunción de inocencia impuesta por el art. 18 de la Constitución Nacional y el art. 23 de la Convención Americana de sobre Derechos Humanos.

9) No pueden ser candidatos los condenados por los delitos citados en el punto anterior.

En todos los casos enunciados en el art. 33 de la ley 23.298, las personas individualizadas no pueden ser candidatos a cargos públicos electorales, así como tampoco precandidatos en las elecciones primarias de los partidos políticos ni ser designados para ejercer cargos partidarios.

Las inhabilidades materiales o físicas son las que emanan del art. 66 de la Constitución que, por razón de ellas, faculta a las Cámaras del Congreso para remover a los miembros que las presenten mediante el voto de los dos tercios de los legisladores presentes.

Una enfermedad física o psíquica, o una disminución de las aptitudes del legislador, ocasionadas por un hecho material, configuran supuestos de inhabilidad pues impiden al legislador, por razones ajenas a su voluntad, desempeñar correctamente su mandato.

Cuando se trata de impedimentos transitorios, se impone la suspensión del legislador en el ejercicio de su mandato hasta que aquéllos sean superados. Pero si revisten carácter definitivo, la solución constitucional reside en removerlos de sus cargos.

Como la Constitución no prevé expresamente este tipo de inhabilidad ni el procedimiento para hacer efectiva la suspensión, consideramos que se requerirá la mayoría de dos tercios contemplada en el art. 66 de la Ley Fundamental sin perjuicio de las previsiones que puedan contener sobre el particular los reglamentos internos de las Cámaras.

Como la enfermedad física o psíquica, transitoria o definitiva responde a circunstancias de hecho y no políticas, consideramos que el legislador excluido puede cuestionar la medida en virtud de acudir al Poder Judicial. La producción de las pericias pertinentes permitirá verificar el acierto o error en la decisión de la Cámara.

#### 479. Incompatibilidades constitucionales

El art. 72 de la Constitución establece que los legisladores no pueden recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva. Como excepción, quedan excluidos los empleos de escala.

Bajo determinadas circunstancias, y en casos especiales, el Poder Ejecutivo puede necesitar la colaboración de algún legislador para desarrollar actividades civiles o políticas cuya ejecución constitucionalmente corresponde al primero. Tareas de asesoramiento directo o relacionadas con entidades de la Administración o, inclusive, referentes a las relaciones internacionales. Ellas deben ser de carácter transitorio, previamente autorizadas por la Cámara respectiva y acompañadas con la suspensión del mandato legislativo.

La interpretación debe ser restrictiva a los fines del otorgamiento de la autorización, porque si el Poder Ejecutivo necesita contar con ciertos asesores o funcionarios, su búsqueda debe concretarse fuera del ámbito del Congreso, a menos que el legislador renuncie a su banca. Esto es así porque, caso contrario, se afecta la independencia del legislador o, al menos, se lo priva de la disposición exclusiva en el ejercicio de la función legislativa para la cual fue elegido.

Consideramos que el consentimiento de la Cámara resulta improcedente para autorizar a un legislador a ejercer cargos políticos en el ámbito del Poder Ejecutivo como los de ministro, secretario o subsecretario. Otro tanto con el cargo de convencional constituyente o interventor provincial. En tales casos, la aceptación del cargo debe ser precedida por la renuncia a la banca y, a falta de ella, corresponde que la Cámara excluya al legislador de su seno.

Sin embargo, en nuestra práctica congresual se han conferido autorizaciones para que los diputados o senadores asuman los cargos de ministro o interventor federal sin renunciar a sus bancas. Solamente fueron suspendidos sus mandatos legislativos y se les permitió retomar las bancas una vez que cesaron en sus cargos ejecutivos. Situación similar se planteó con los legisladores que fueron elegidos convencionales constituyentes. Son prácticas que lesionan la independencia y el funcionamiento eficiente del Congreso, al tiempo que alteran el sentido del principio de la división de los poderes constituidos y la separación que media entre ellos y el poder constituyente.

La Constitución excluye a los empleos de escala. Son aquellos que integran el área administrativa del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial e, inclusive, del Poder Legislativo. Sus titulares no participan en la formulación de las decisiones políticas o jurisdiccionales de tales órganos y, además, la renuncia a tales empleos provoca la pérdida del derecho a la estabilidad y a la carrera administrativa. Si bien el legislador puede conservar los empleos de escala no podrá desempeñarlos sino que debe obtener una licencia que cubra el lapso de su mandato.

El art. 73 de la Ley Fundamental dispone que no pueden ser miembros del Congreso los eclesiásticos regulares y los gobernadores de provincia por las de su mandato.

Los eclesiásticos regulares son aquellos cuya pertenencia a una orden religiosa los somete a una disciplina estricta y a una intensa relación de obediencia frente a sus superiores, que los privan de la independencia suficiente de criterio y acción exigible a los legisladores.

Pero la incompatibilidad constitucional no se extiende a los eclesiásticos seculares o del clero diocesano que no están sujetos a la obediencia pasiva impuesta por las reglas de una orden religiosa. Sin embargo, la dispensa acordada a los eclesiásticos regulares por sus superiores estimamos que deja sin efecto la incompatibilidad constitucional.

El desempeño del cargo de gobernador, si bien no impide la elección como legislador, constituye una incompatibilidad para ejercer el mandato correspondiente. La exigencia del art. 73 se impone como recaudo para ser incorporado a una de las Cámaras o, en su caso, para proseguir siendo miembro de ellas. Por ende, es viable que un gobernador resulte elegido miembro del Congreso, aunque no es posible que integre el cuerpo legislativo sin cesar, previamente, en el cargo ejecutivo provincial.

Si bien el art. 73 de la Constitución alude a la provincia en la cual el gobernador ejerce su cargo, tampoco podrá ser incorporado al Congreso de resultar electo legislador en otra provincia.

En el curso de la historia política argentina son numerosos los casos de ex gobernadores provinciales que, durante la vigencia de sus mandatos o poco después de haber cesado en sus cargos, fueron elegidos legisladores nacionales, en particular para ocupar bancas en el Senado.

El art. 105 de la Constitución dispone que no pueden los ministros ser senadores ni diputados sin renunciar previamente a sus cargos. La incompatibilidad es absoluta y es la contrapartida a la establecida por el art. 72 de la Ley Fundamental. Los ministros son integrantes del Poder Ejecutivo y sería incongruente que pudieran desempeñar, simultáneamente, funciones ejecutivas y legislativas.

#### 480. Incompatibilidades legales y éticas

Son incompatibilidades legales las que establece el art. 33, incs. b), c), d) y e), de la ley 23.298 con el nombre de inhabilidades.

Las incompatibilidades legales pueden ser extendidas a otros casos que, en la actualidad, integran la categoría de las incompatibilidades éticas. Entre ellos podemos citar la prestación de servicios bajo relación de dependencia en empresas privadas o en embajadas extranjeras; ocupar cargos en organismos internacionales cuyo nombramiento no depende del Poder Ejecutivo; ser cónsul de un Estado extranjero; y todos aquellos casos en que el desempeño de una función privada pueda restringir la independencia de criterio del legislador o una dedicación concentrada esencialmente en el ejercicio de la función legislativa.

Las incompatibilidades éticas son las impuestas por las normas morales y por el concepto de buenas costumbres que pueda estar determinado, en orden a su

contenido, por la idea política dominante en la sociedad. Carecen de sustento positivo expreso, sin perjuicio de la referencia contenida en los arts. 16 y 66 de la Constitución, y su marco varía según las épocas, las costumbres y las personas.

La valoración de las incompatibilidades éticas corresponde a las Cámaras del Congreso, pero si ellas son reguladas legislativamente, dejan de tener carácter ético para pasar a formar parte del derecho positivo. Además esa valoración debe ser hecha por causas sobrevenientes a la incorporación del legislador y no anteriores (art. 66).

Entre nosotros, en 1912, el diputado Manuel A. Montes de Oca renunció a su cargo debido a que, en el ejercicio de su profesión de abogado, iba a patrocinar a ciertas empresas que, por la naturaleza de sus operaciones, probablemente tendrían que acudir ante el Poder Ejecutivo y ante el Congreso.

Durante el período comprendido entre los años 1987 y 1998, el senador por la provincia de Corrientes, Juan R. Aguirre Lanari, se abstuvo sistemáticamente por razones éticas de intervenir en todo debate o votación donde se consideraran temas atinentes al régimen jurídico de los hidrocarburos, por tener una relación de parentesco consanguíneo con el titular de una empresa petrolera privada.

Uno de los casos más representativos sobre el comportamiento ético de los legisladores fue el protagonizado por Roque Sáenz Peña. En 1892 fue elegido senador nacional por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, cuando su padre, Luis Sáenz Peña, asumió la presidencia de la República, renunció al cargo por entender que "no podía ser decorosamente ni opositor ni partidario en el Congreso" del titular del órgano ejecutivo.

Los principios éticos de la vida cotidiana deben ser fielmente acatados por los legisladores, así como también las particularidades de aquellos relacionadas con la esencia de un gobierno republicano. No solamente para poder disfrutar de autoridad moral ante los ciudadanos, sino también para preservar el espíritu de la democracia constitucional.

#### 481. Prerrogativas congresuales

Las prerrogativas congresuales, usualmente llamadas privilegios parlamentarios, son derechos, potestades, garantías o inmunidades que expresamente consagra la Constitución en beneficio del Congreso, sus Cámaras y legisladores que las integran, con el único propósito de preservar su independencia y funcionamiento eficiente.

A la luz de un análisis superficial, las prerrogativas pueden tener la apariencia de ser excepciones al principio de igualdad contenido en el art. 16 de la Ley Fundamental. Pero, en rigor, son instrumentos destinados a afianzar la solidez y autoridad del Congreso en el ejercicio de sus funciones, sin quedar en una posición endeble frente a las presiones provenientes del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de los grupos sociales de presión e interés y de los propios individuos.

Las prerrogativas no son privilegios que acarreen una situación de desigualdad entre los individuos, porque ellas no tienen carácter individual sino institucional. La concesión de las prerrogativas no protege a los legisladores en su calidad de individuos, sino de integrantes del órgano más representativo del gobierno.

Como no son derechos subjetivos, los legisladores no pueden renunciar a las prerrogativas que les otorga la Constitución, y si llegaran a adoptar tal temperamento el acto se considerará inexistente a los efectos jurídicos porque nadie puede renunciar a lo que no le pertenece a título individual. Esa renuncia individual a las prerrogativas por parte del legislador tampoco es válida si resigna a su cargo o si la Cámara que integra resuelve disponer su suspensión en el cargo. En tales casos, la pérdida de las prerrogativas obedecerá a que la persona cesó en su cargo de legislador o a que la Cámara respectiva decidió suspender la vigencia del mandato.

La interpretación sobre los alcances de las prerrogativas constitucionales es estrictamente restrictiva. No pueden ser extendidas a situaciones no contempladas por la Ley Fundamental, ni a funcionarios del gobierno que no revistan el carácter de legisladores, como son los integrantes del órgano ejecutivo y los magistrados judiciales.

Las prerrogativas congresuales se clasifican en colectivas y personales. Las colectivas son otorgadas al Congreso y a cada una de sus Cámaras. En cambio, las personales tutelan a quienes ejercen el cargo de legislador.

Las prerrogativas colectivas son:

1) Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez (art. 64).

2) Cada Cámara dicta su propio reglamento interno (art. 66).

3) Las Cámaras tienen potestades disciplinarias sobre sus miembros, a quienes pueden corregir o remover de sus cargos y cuyas renunciaciones pueden aceptar (art. 66). Las potestades disciplinarias se extienden sobre los funcionarios y el personal administrativo del Congreso, así como también sobre los individuos que se encuentran en el recinto del Congreso.

4) Las Cámaras pueden requerir la presencia de los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estimen convenientes (art. 71). Igual requerimiento puede ser formulado a los individuos que no integran el gobierno, fin para el cual pueden recabar el auxilio de la fuerza pública previa intervención de juez competente.

5) Corresponde a las Cámaras determinar la remuneración que perciben sus miembros (art. 74), funcionarios y personal administrativo.

Las prerrogativas personales de los legisladores son las siguientes:

1) No pueden ser acusados, interrogados judicialmente o molestados por las expresiones que emitan con motivo del desempeño de sus cargos (art. 68).

2) No pueden ser arrestados, excepto en el caso de ser sorprendidos in fraganti en la ejecución de un acto delictivo que merezca la pena de muerte, infamante u otra aflictiva. De la detención del legislador se deberá dar inmediata cuenta a la Cámara que integra con la información sumaria del hecho (art. 69).

3) La sustanciación de causas penales contra un legislador es inviable cualquiera que sea el hecho que se le impute a menos que, previamente, sea suspendido en su cargo por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Cámara respectiva y así sea puesto a disposición del juez competente para su juzgamiento (art. 70).

#### 482. Juicio de las elecciones

El art. 64 de la Constitución dispone que cada Cámara del Congreso es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. La finalidad de esta prerrogativa consiste en afianzar la independencia del Poder Legislativo e impedir que los restantes órganos del gobierno perturben arbitrariamente la composición de las Cámaras.

Tradicionalmente, nuestra doctrina constitucional consideraba que la prerrogativa otorgada por la Constitución a las Cámaras del Congreso era irrenunciable e insusceptible de control judicial.

La interpretación de esta prerrogativa, en el marco de la doctrina constitucional, puede ser restrictiva o amplia. Según la primera, la prerrogativa se limita a verificar si la persona elegida reúne las cualidades impuestas por la Constitución y si su elección se realizó conforme lo ordena la ley. Para la segunda, que es la concepción tradicional, la potestad de las Cámaras se extiende también a la determinación de las cualidades intelectuales y éticas de la persona elegida cuyo diploma, por carecer de aquéllas, podría ser rechazado.

Por considerar que las prerrogativas constitucionales son de interpretación restrictiva, nos inclinamos a que su aplicación no se extienda a hipótesis que carecen de previsión explícita en la Ley Fundamental.

Esta interpretación, dominante en la actualidad, se refleja en la atribución otorgada al Poder Judicial de potestades destinadas a dirimir conflictos electorales y que, una vez ejercidas, no pueden ser modificadas por el legislador. Precisamente, la creación del fuero electoral en cabeza de la Cámara Nacional Federal respondió a ese propósito, así como también a la aplicación de la normativa que regula el funcionamiento de los partidos políticos.

Con la modificación introducida al art. 53 del Código Electoral Nacional (ley 19.945), la convocatoria a elección de cargos nacionales sólo puede ser hecha por el Poder Ejecutivo nacional, con exclusión de los gobernadores provinciales.

Establece que, al margen de esa convocatoria por el Poder Ejecutivo nacional, la elección se realizará el cuarto domingo del mes de octubre inmediatamente anterior a la finalización de los mandatos que se opera el 10 de diciembre. Sin embargo, reiterando el escaso apego de algunos dirigentes políticos por la ley, el

27/3/2009 fue publicada la ley 26.495 cuyo art. 5º dispuso, por única vez, que ese año la elección de diputados y senadores nacionales se realizaría el 28/6/2009. El adelantamiento del acto electoral en cuatro meses obedeció al creciente desprestigio del gobierno conducido por Cristina Fernández de Kirchner, que procuró atenuar los efectos de esa tendencia.

Entendemos que la prerrogativa otorgada a cada Cámara para ser juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros es de carácter restrictivo, sin que pueda interferir sobre la competencia acordada en esta materia al Poder Judicial. La oficialización de las listas de candidatos y el pronunciamiento sobre la validez de los comicios es una facultad del Poder Judicial y no de las Cámaras del Congreso. Ellas solamente están habilitadas para verificar si el candidato electo reúne las condiciones impuestas por la Constitución (arts. 48 y 55 CN) para integrar la Cámara, si el diploma presentado cumple con los requisitos legales y fue expedido por autoridad competente, y si el candidato electo no está sujeto a alguna incompatibilidad o inhabilitación legal.

Pero no puede expedirse sobre la validez de los comicios o de las elecciones internas de los partidos políticos de las cuales resultaron los candidatos electos o sobre la oficialización judicial de las listas integradas por los candidatos electos. Son todas atribuciones propias del Poder Judicial que no pueden ser ejercidas por las Cámaras y cuyos productos no pueden ser revisados.

Las Cámaras no están habilitadas para negar el acceso a ellas de un candidato electo por entender que carece de méritos suficientes o que no es idóneo éticamente. Estos aspectos están reservados a la consideración de los electores y no de las Cámaras.

La doctrina constitucional clásica fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la materia regulada por el art. 64 de la Constitución es de naturaleza esencialmente política y, por ende, no susceptible de revisión judicial (5).

La aplicación rigurosa de este enfoque puede conducir a soluciones constitucionalmente absurdas, tal como aconteció en 1998 con la elección de un senador por la provincia del Chaco y otro por la de Corrientes.

En el primer caso, "Provincia del Chaco", conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ley Fundamental, el Senado rechazó la elección efectuada por la Legislatura local que recayó sobre un miembro del Partido Radical. Esta agrupación, en la alianza electoral que había conformado para comicios anteriores con otras fuerzas políticas, disponía de la mayoría de las bancas legislativas. Sin embargo, el Senado compuesto por una mayoría del Partido Justicialista decidió desconocer la elección efectuada por la Legislatura provincial y nombró al candidato de este último partido. Entendió que no correspondía unificar las bancas pertenecientes a una alianza, pues la determinación de la mayoría debía ser hecha por cada partido. Mediante esa interpretación fue desconocida la regulación claramente impuesta por la Ley Fundamental y desconocida la voluntad del órgano legislativo de la provincia (6).

En el segundo caso, "Tomasella Cima", el Senado nacional también procedió a elegir al candidato del Partido Justicialista, pese a que no se había reunido la Legislatura de Corrientes para efectuar la elección. La mayoría de las bancas estaban compuestas por miembros de la alianza Autonomista-Liberal que, por no tener la cantidad suficiente para conformar el quórum y ante la negativa del Partido Justicialista y del Partido Nuevo de asistir a la sesión electoral, no pudieron concretar la elección de su candidato. En este caso, la violación de los preceptos de la Constitución fue más grave, porque el Senado se arrogó las potestades que ella le otorgaba a la legislatura local, al margen de desconocer la mayoría existente en ella.

Con referencia al caso "Tomasella Cima", como la Cámara Nacional Electoral había declarado que la persona nominada por el Partido Justicialista de Corrientes no reunía los requisitos legales para ser senador nacional, la Corte consideró que la cuestión era abstracta porque ese candidato ya había sido incorporado al Senado (7).

En ambos casos, la Corte Suprema de Justicia decidió convalidar las elecciones efectuadas por el Senado de la Nación. Pese a que analizó los argumentos expuestos por las partes, decidió que se trataba de una facultad privativa del Senado que la habría ejercido sin apartarse del marco fijado por el art. 64 de la Constitución (8).

Diversas disposiciones del Código Electoral Nacional confieren al Poder Judicial facultades para expedirse sobre cuestiones atinentes a un acto electoral. La Justicia Electoral y, en última instancia ordinaria, la Cámara Nacional Electoral conocen en las cuestiones que se suscitan con motivo de la aplicación de una ley electoral; resuelven las impugnaciones que se realizan al acto comicial; se pronuncian sobre la validez o nulidad de las elecciones; proclaman a los candidatos electos y les otorgan sus diplomas; resuelven sobre si una persona reúne o no las condiciones para ser candidato a un cargo legislativo (arts. 44, 52, 61, 120 y 122).

En la doctrina constitucional contemporánea se advierte una firme tendencia que postula la viabilidad de la revisión judicial con motivo del ejercicio, por las Cámaras del Congreso, de la prerrogativa prevista en el art. 64 de la Constitución.

En nuestra opinión, las Cámaras del Congreso, al ejercer la prerrogativa del art. 64 de la Constitución, no pueden apartarse de las decisiones que adopte la Justicia Electoral. Sus actos en ejercicio de tal prerrogativa, medie o no la previa intervención de la Justicia Electoral, son susceptibles de control de constitucionalidad por el Poder Judicial. De un control restrictivo, limitado a los casos donde se manifiesta claramente una actuación arbitraria lesiva para los derechos subjetivos de un candidato, de una persona electa o de un partido político que podrán efectuar el reclamo judicial pertinente.

Tal fue el criterio que sustentaron la Cámara Nacional Electoral y la Corte Suprema de Justicia en el caso "Bussi", donde modificaron su anterior doctrina jurisprudencial.

Antonio Bussi fue electo, en los comicios del 24/10/1999, diputado nacional en la provincia de Tucumán. Encabezaba la lista de candidatos del Partido Fuerza Republicana que obtuvo la mayoría de votos. Su candidatura y el acto electoral no fueron objeto de impugnación alguna ante la justicia electoral. Con anterioridad, había desempeñado los cargos de diputado provincial y nacional, convencional constituyente en 1994 y gobernador de la provincia de Tucumán.

Con motivo de las impugnaciones formuladas por los diputados Bravo, Neme Scheij, Courel, Vitar, Carrió y Roggero, basadas en la presunta falta de idoneidad moral de Bussi, la Cámara de Diputados resolvió rechazar su diploma.

Bussi promovió una acción de amparo por considerar que la Cámara de Diputados no estaba facultada, conforme al art. 64 de la Constitución, para desconocer su derecho político mediante la imposición de condiciones que no estaban contempladas en la Constitución nacional, sin perjuicio de rechazar la falta de idoneidad ética que se le había imputado. Asimismo invocó las cláusulas contenidas en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como así también la sentencia dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "Powell v. Mc Cormack" (9) de 1969, que ya citamos en este capítulo.

Sintetizando la exposición de la Suprema Corte de Justicia en el caso "Powell", ella resolvió:

1) Que no se trataba de una cuestión política sino plenamente judicialable porque se afectaba un derecho subjetivo de quien había sido debidamente elegido para integrar la Cámara de Representantes.

2) La Constitución no autoriza a la Cámara a negar la incorporación de una persona debidamente electa por sus conciudadanos, que cumple todas las condiciones prescriptas por ella para ser incorporada como miembro y que sólo se refieren a la edad, ciudadanía y residencia.

El 4/1/2000, la jueza federal María Servini de Cubría rechazó la acción de amparo en el caso "Bussi" por entender que se trataba de una cuestión política no judicialable. Interpuesto el recurso de apelación, el 24/2/2000 la Cámara Nacional Electoral (10) confirmó la sentencia de primera instancia por entender que se trataba de una cuestión política conforme al criterio adoptado por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Provincia del Chaco" (11).

Bussi interpuso un recurso extraordinario. El 11/10/2001, compartiendo el dictamen del procurador general de la Nación, la Corte Suprema de Justicia por el voto de todos sus miembros revocó la sentencia al considerar que la cuestión era judicialable (12).

Resuelta la tramitación de la acción de amparo, el 7/3/2002, la jueza Servini de Cubría rechazó la demanda por entender que el art. 64 de la Constitución facultaba a la Cámara de Diputados para ponderar las cualidades éticas de un diputado electo y, en su caso, negar su acceso a la Cámara.

La sentencia fue apelada y objeto de confirmación por la Cámara Nacional Electoral el 4/7/2002. Consideró que la cuestión era abstracta porque la banca de Bussi había sido ocupada por el diputado suplente de su lista a pedido del Partido Fuerza Republicana.

Planteado nuevamente el recurso extraordinario, el 4/11/2003 la Corte Suprema revocó la sentencia. Consideró que la cuestión no era abstracta, en un reconocimiento implícito de que la pertenencia de las bancas no correspondía a los partidos políticos, y que el requisito del gravamen no subsiste cuando el transcurso del tiempo lo ha tornado inoperante o cuando éste ha desaparecido de hecho, o cuando fue removido el obstáculo legal en que se asentaba. Añadió que "Estos supuestos no se verifican cuando, en sustancia, quedó sometido a decisión un caso concreto de competencia y derecho electoral y no una simple cuestión abstracta, meramente académica o conjetural, toda vez que la vía intentada resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de soberanía popular (...). En salvaguarda de los principios del gobierno representativo y republicano, resultaría un excesivo rigor formal y una renuncia al deber de la Corte de preservar la autoridad de sus decisiones, subsumir los serios agravios de la apelación en la órbita de las cuestiones abstractas" (13).

Con motivo del fallo dictado por la Corte, la Cámara Nacional Electoral emitió una nueva sentencia el 25/3/2004, una vez que había vencido el mandato que la ciudadanía le había otorgado a Bussi.

Siguiendo los lineamientos expuestos en el fallo de la Corte Suprema, sostuvo que las facultades del art. 64 de la Constitución sólo pueden referirse "a la revisión que deben efectuar sobre la legalidad de los títulos de los electos y la autenticidad de los diplomas, esto es, si fueron regularmente emitidos por la autoridad competente. Ese control no cabe asimilarlo al verificado por la justicia electoral en todas las etapas correspondientes del proceso comicial. Ello, sin perjuicio del examen que pudieran realizar las Cámaras con relación a inhabilidades sobrevinientes de los legisladores electos, es decir aquellas que pudieran surgir durante el lapso que transcurre desde la oficialización de las candidaturas, hasta el momento de su ingreso al cuerpo legislativo".

Agregó que, "habiendo sido constatados, en la etapa correspondiente de registro de candidatos y oficialización de listas, los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se postuló el actor, sin que a su candidatura, por otra parte, ninguna agrupación política hubiera efectuado oposición alguna, y al haber resultado electo en los comicios correspondientes, esto es, verificada la imputación de la representación, se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fuera investido por el pueblo de la provincia de Tucumán" (14).

La sentencia de la Cámara Nacional Electoral establece un principio de avanzada en resguardo del sistema constitucional, al haber declarado que, oportunamente, Bussi debió ser incorporado a la Cámara de Diputados, pese a que esa incorporación no era viable por el vencimiento de su mandato al momento del fallo.



El 13/7/2007, la Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre el caso "Bussi" (15) con motivo del recurso extraordinario planteado por la Cámara de Diputados de la Nación contra la sentencia de la Cámara Nacional Electoral del 25/3/2004.

La Corte sostuvo que el tema en debate residía en determinar si la Cámara de Diputados estaba habilitada para rechazar el diploma de un diputado por una presunta inhabilidad moral. Si bien no era viable incorporar al peticionario como legislador por el vencimiento de su mandato y porque no se había planteado la nulidad de los actos de la Cámara de Diputados que habían impedido su incorporación, la cuestión no era abstracta porque subsistía la posibilidad de que se repitieran en el futuro actos similares.

La Corte aclaró que no se discute la exigencia de la idoneidad prevista en el art. 16 de la Constitución. Pero, a diferencia de lo que acontece en la Administración pública, cuando se trata de cargos que se asumen por la vía electoral, sólo el pueblo puede expedirse sobre la idoneidad de los candidatos.

En diciembre de 2005, la Cámara de Diputados decidió suspender la incorporación del diputado Luis Patti y, en mayo de 2006, resolvió rechazar su diploma en apartamiento de la doctrina del caso "Bussi". La causal invocada por la mayoría consistió en atribuir a Patti la comisión de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, nadie objetó la oficialización de la candidatura de Patti por la autoridad electoral ni el hecho de su elección. Por otra parte, Patti no tenía condena judicial alguna que, conforme el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pudiera justificar la limitación legal de los derechos políticos.

Patti planteó una acción de amparo. Citó los precedentes del caso "Bussi" y "Powell v. Mc Cormack" y destacó que la Cámara de Diputados no podía ampliar los requisitos constitucionales para ingresar a ella. La acción fue promovida el 14/12/2005 y solicitó la habilitación de la feria judicial, que fue rechazada por la jueza María Servini de Cubría el 5/1/2006 y por la Cámara Nacional Electoral el 19 de enero de ese año. En primera instancia, la acción fue desestimada el 3/3/2006 por entender que la idoneidad ha sido prevista como condición excluyente para el acceso a la función pública, y que correspondía a la Cámara pronunciarse sobre el particular. El 9/5/2006, la Cámara Nacional Electoral confirmó la sentencia por entender que la Cámara de Diputados había resuelto suspender la incorporación de Patti hasta tanto se pronunciara su Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento.

Emitido ese pronunciamiento, el 23/5/2006, la Cámara resolvió rechazar la incorporación de Patti sobre la base de que carecía de idoneidad moral. El reclamante promovió una nueva acción de amparo que fue rechazada por la jueza María Servini de Cubría el 21/7/2006. El 14/9/2006 la Cámara Nacional Electoral revocó la sentencia sobre la base del precedente "Bussi". Como las impugnaciones realizadas a Patti citaban que estaría involucrado en causas penales, el Tribunal destacó que no se podía desconocer el principio de inocencia respecto de quienes no habían sido condenados en sede penal: "se requiere al menos el dictado de una

sentencia condenatoria por un juez competente, aun si ella no se encontrara firme".

La Corte Suprema de Justicia, por considerar que las cuestiones planteadas eran sustancialmente análogas a las resueltas en el caso "Bussi" del 13/7/2007, confirmó la sentencia de la Cámara (16).

La Cámara de Diputados no acató la sentencia porque el 24/4/2008 había dispuesto el desafuero de Patti con motivo de la requisitoria formulada por un juez penal. Con significativa celeridad, y ante las presiones ejercidas por funcionarios del Poder Ejecutivo con la connivencia de algunos legisladores, se había abierto una causa penal en la cual Patti había sido sobreseído hacía casi quince años.

Se interpuso una nueva acción de amparo basada en que mal podía ser desafuero a un legislador sin haberlo incorporado antes a la Cámara, argumento que fue rechazado por la jueza María Servini de Cubría el 2/5/2008. La Cámara Nacional Electoral confirmó la sentencia sin advertir que, en el curso del desafuero dispuesto, no se había dado cumplimiento al recaudo impuesto por el art. 70 de la Constitución respecto a la sustanciación de un "juicio público" que, como tal, presupone la posibilidad de ejercer el derecho de defensa que le fue negado a Patti. Como el desafuero importa una mera suspensión del legislador, la Cámara entendió en su pronunciamiento del 1/9/2008 que era un contrasentido que el legislador sea incorporado al cargo de cuyo ejercicio lo separó el cuerpo mediante el desafuero.

El caso "Patti" presentó una secuela en virtud de la cual no se le permitió presentarse como candidato a diputado nacional en las elecciones del año 2009. Su candidatura fue aceptada por el juez federal con competencia electoral en el distrito de Buenos Aires. La Cámara Nacional Electoral revocó la medida porque, si bien no había sido condenado en sede penal, el hecho de que estuviera sometido a investigación y juzgamiento por la presunta comisión de delitos violatorios de los derechos humanos imponía el deber de evitar la adopción de cualquier medida que pudiera obstruir el curso de la causa penal.

Tanto en el caso "Bussi" como en el caso "Patti", el desconocimiento de los derechos políticos y de la voluntad popular expuesta en los comicios respondió a razones políticas que, si bien pueden ser legítimas, jamás pueden avalar el incumplimiento de la Ley Fundamental.

#### 483. Reglamento interno

El art. 66 de la Constitución reconoce a cada Cámara del Congreso la prerrogativa de dictar su propio reglamento interno, cuyo contenido no puede desconocer los preceptos incluidos en la Ley Fundamental, los tratados internacionales y las leyes del Congreso, siempre que estas dos últimas no limiten la potestad reglamentaria de cada Cámara.

Tanto el contenido como la interpretación del reglamento interno de las cámaras es susceptible de control judicial cuando se afecta un derecho subjetivo. Así lo

decidió la Corte Suprema de Justicia en el caso "Binotti" (17) . El accionante, un capitán de fragata, planteó la nulidad de la decisión adoptada por la Cámara de Senadores que rechazó su ascenso propuesto por el Poder Ejecutivo. El reglamento de la Cámara establecía que, si se contaba con el quórum legal, la decisión debía ser adoptada por la mayoría absoluta de los legisladores presentes. El quórum estuvo dado por 55 senadores, de modo que para emitir una decisión válida se requerían 28 votos. El dictamen de la mayoría, que rechazaba el acuerdo del Senado, obtuvo 26 votos, el de la minoría que postulaba conceder el acuerdo sumó 20 votos y hubo 9 senadores que solicitaron y obtuvieron del cuerpo la posibilidad de abstenerse de votar. La Corte sostuvo que no había una cuestión política, pues el accionante invocaba un derecho subjetivo cual era que la propuesta de su ascenso fuera decidida por el Senado conforme a las mayorías que imponía su reglamento. Destacó que el control de constitucionalidad "se ejerce no sólo cuando la norma a interpretar es de aquellas contenidas en la Ley Fundamental, sino cuando —como en el sublite— se trata de preceptos reglamentarios federales dictados por una cámara en ejercicio de las facultades que aquélla le otorga en su art. 66. Si el Senado ha autorregulado su funcionamiento a través de un reglamento, una hipotética violación del mismo que lesionara derechos individuales no podría quedar exenta del control de los magistrados de la República". Sobre la base de tal argumentación, la Corte declaró la nulidad de la votación por la que se aprobó el dictamen de la mayoría.

La finalidad del reglamento es la de regular el funcionamiento de la Cámara para que su actuación se desenvuelva de manera ordenada y eficiente. En su redacción y aprobación tiene intervención exclusiva y excluyente la Cámara respectiva. Su aprobación o reforma requieren del voto de la mayoría de los miembros presentes con el quórum previsto en el art. 64 de la Ley Fundamental.

#### 484. Comisiones internas

El grueso de la labor congresual se desarrolla en el seno de las comisiones previstas por los reglamentos de las Cámaras. En principio, toda cuestión que ingresa a una Cámara debe ser enviada, a los fines de su consideración, a las comisiones que tengan competencia sobre el contenido de aquéllas, antes de su remisión eventual al plenario de la Cámara a.

Los reglamentos de las Cámaras prevén expresamente la existencia, organización y funcionamiento de sus comisiones internas. El reglamento de la Cámara de Diputados contempla 45 comisiones de asesoramiento y una comisión de labor "parlamentaria" (arts. 58 y 61). El del Senado prevé 24 comisiones (art. 60).

Además de estas comisiones de carácter permanente, los reglamentos permiten la conformación de comisiones especiales transitorias para reunir antecedentes y dictaminar sobre una materia determinada (art. 104 RCD y 85 RCS). Las comisiones especiales se disuelven una vez que cumplen su cometido o, en cualquier momento, cuando así lo decida la Cámara que integran.

Una categoría particular de las comisiones especiales son las comisiones bicamerales o mixtas que se integran con miembros de ambas Cámaras para conocer en los asuntos que ellas determinen de común acuerdo (art. 86 RCS).

Después de la reforma de 1994, algunas comisiones congresuales están previstas en la Constitución y tienen jerarquía constitucional.

El art. 79 establece que, una vez aprobado en general un proyecto de ley, cada Cámara puede delegar en sus comisiones internas la aprobación del proyecto en particular, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. Por igual mayoría, la Cámara puede dejar sin efecto la delegación. La aprobación del proyecto en especial en la comisión requiere el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros.

El art. 99, inc. 3º, establece que los decretos de necesidad y urgencia emitidos por el presidente deberán ser sometidos en el plazo de diez días a la consideración de una Comisión Bicameral Permanente, cuya conformación debe ser realizada por ley del Congreso sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara. Esta Comisión, que tiene carácter constitucional, también tiene a su cargo la consideración de las promulgaciones parciales de las leyes (arts. 80 y 100, inc. 13, CN) y de los decretos del Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas delegadas por el Congreso (art. 100, inc. 12, CN).

La Comisión Bicameral Permanente fue regulada por la ley 26.122, cuyo contenido es de dudosa constitucionalidad.

El reglamento de la Cámara de Diputados establece que tres o más diputados pueden organizar un bloque y que, cuando un partido político existente con anterioridad a la elección de los diputados tenga uno o dos diputados en la Cámara, ellos podrán actuar como bloque (art. 55). Similar regulación resulta del reglamento del Senado donde, para la organización del bloque, bastan dos o más senadores, aunque se permite la constitución de un bloque unipersonal (art. 55).

#### 485. Potestades disciplinarias

Las potestades disciplinarias de las Cámaras del Congreso están previstas, de manera expresa, en el art. 66 de la Constitución y, de manera implícita, en su art. 75, inc. 32.

Las primeras son aplicables a los legisladores. Se materializan en un apercibimiento, la remoción y la exclusión.

Las segundas son de aplicación a personas ajenas a la Cámara en los casos que configuran un desacato congresual.

Si bien las sanciones disciplinarias se aplican usualmente para asegurar el normal desarrollo de los debates congresuales y el respeto a la investidura de los legisladores, su aplicación se puede extender a actos de inconducta ejecutados fuera del recinto de la Cámara sin que, necesariamente, se produzcan en el cauce propio del ejercicio de la función legislativa. Claro está que su aplicación requerirá

siempre la previa lesión a la dignidad de la Cámara o de sus miembros como consecuencia de una conducta injustificada e indecorosa, o de una situación que inhabilite a un legislador para proseguir en el ejercicio de su cargo.

#### 486. Potestad disciplinaria sobre los legisladores

El art. 66 de la Constitución dispone que, por el voto de dos tercios de sus miembros presentes, cada Cámara puede corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación a la Cámara y hasta excluirlo de su seno.

El art. 66 incluye otra prerrogativa que no configura una sanción disciplinaria. Se trata de la renuncia de un legislador, que solamente se torna efectiva cuando es aceptada por la mayoría de los miembros presentes de la Cámara.

Las sanciones disciplinarias aplicables por las Cámaras son el apercibimiento, la remoción y la exclusión.

El apercibimiento, llamado de atención o corrección disciplinaria es una sanción leve aplicable al legislador para preservar el orden en los debates y el cumplimiento del reglamento interno. Así, a título de ejemplo, en los debates los legisladores no pueden interrumpir a sus colegas sin la previa conformidad de ellos y de la presidencia; asimismo, deben justificar sus inasistencias reiteradas a las sesiones plenarias o de las comisiones que integran. El apercibimiento puede ser acompañado con sanciones complementarias. Así, si un legislador reitera indebidamente sus interrupciones, la Cámara puede prohibir que haga uso de la palabra por el resto de la sesión.

La remoción solamente es viable cuando un legislador se encuentra en un estado de inhabilidad física que no existía al tiempo de su incorporación a la Cámara. Si no reviste carácter sobreviniente es improcedente la remoción del legislador, aunque ella no fuera conocida en su momento. El agravamiento de la inhabilidad física torna procedente la eventual remoción.

Si la inhabilidad es transitoria, consideramos que corresponde suspender y no remover al legislador, siempre que el lapso de aquella sea razonable. Asimismo, si la Cámara lo considera pertinente, durante la suspensión, que tendrá los efectos de una licencia, cabe convocar al legislador suplente para que ejerza el cargo congresual.

La exclusión es la sanción aplicable al legislador que incurre en graves actos de inconducta que afectan el honor y el decoro de la Cámara. A diferencia del caso anterior, donde la inhabilidad para el ejercicio del cargo es provocada por una sensible merma de las condiciones físicas o mentales del legislador, en el caso de la exclusión ella está determinada por razones de indignidad que acarrea el comportamiento del legislador, ya sea en su vida pública como privada.

Su viabilidad sólo debe concretarse en casos extremos, precedidos por un amplio debate en el cual corresponde reconocer al legislador cuestionado el ejercicio

pleno de su derecho de defensa. El incumplimiento de este último presupuesto acarreará una decisión arbitraria que, a nuestro entender, permite al legislador solicitar la revisión judicial de la sanción aplicada.

#### 487. Desacato congresual

En el llamado derecho congresual se denomina desacato a la violación de las prerrogativas que corresponden al Congreso o a cada uno de los diputados y senadores que lo integran, por parte de personas que no componen el órgano legislativo. Engloba tanto a las prerrogativas individuales como a las colectivas. Sus autores son personas que no revisten la calidad de legisladores.

Esa violación es pasible de sanciones jurídicas en la medida que su inexistencia restaría toda eficacia a las cláusulas constitucionales que prevén las prerrogativas e inmunidades congresuales. Garantías estas últimas cuyo objeto no reside en otorgar privilegios vedados por el art. 16 de la Constitución, sino en asegurar el normal funcionamiento del Congreso mediante la sanción de aquellas conductas que perturben su desenvolvimiento.

Se distinguen dos hipótesis: 1) Casos de desacato previstos y penados por la ley, donde corresponde admitir la intervención excluyente del Poder Judicial; 2) casos de desacato no previstos por la ley, donde corresponde dilucidar si se reconoce a las Cámaras del Congreso la facultad de aplicar sanciones de manera amplia, o si se restringe esa potestad al ámbito disciplinario.

Conforme a los argumentos expuestos por la Corte, el Congreso estaría facultado para aplicar sanciones de arresto contra terceros ajenos a ella por haber afectado las prerrogativas congresuales, siempre que tales conductas no estuvieran previstas por la ley y que su juzgamiento no hubiera sido atribuido al Poder Judicial. Ello, como consecuencia del ejercicio de las facultades implícitas que le asigna al Congreso el art. 75, inc. 32, de la Ley Fundamental.

Considero que, por aplicación del art. 18 de la Constitución, ningún habitante del país puede ser sancionado si su conducta no ha sido previamente tipificada por ley. Además, en caso de existir esa tipificación, y por aplicación de la técnica de la división de los poderes, el juzgamiento y aplicación de sanciones que restrinjan la libertad física o la libertad patrimonial queda reservada al Poder Judicial, al menos en última instancia.

La única posibilidad que tendría el Congreso de aplicar sanciones disciplinarias por actos configurativos de un desacato, previa tipificación de ellos por ley o reglamento interno de las Cámaras, se presentaría cuando, tratándose de terceros, sus actos obstruyeran o perturbaran ilícitamente el funcionamiento del Congreso. En tales casos, la sanción solamente podría consistir en expulsar al infractor del recinto de las Cámaras e, inclusive, impedir en lo sucesivo su acceso a ellas si la medida es razonable.

El Reglamento de la Cámara de Diputados no prevé expresamente la aplicación de sanciones pecuniarias o privativas de libertad. Se limita a establecer que los

terceros que ingresan a la Cámara deben abstenerse de efectuar cualquier demostración o señal bulliciosa de aprobación o desaprobación (art. 218). Si se contraviene tal disposición, el presidente de la Cámara ordenará que el infractor sea retirado del recinto, para lo cual puede requerir el auxilio de la fuerza pública (arts. 219 y 220).

En cambio, el Reglamento del Senado dispone que cuando, en cualquier lugar, se obstaculice o impida a los senadores ejercer su actividad la Cámara, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, puede imponer al infractor una sanción de arresto por hasta setenta y dos horas, caso en el cual el hecho debe ponerse en conocimiento del juez competente. Agrega que se debe ofrecer al imputado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa (art. 216).

#### 488. Pedido de informes al Poder Ejecutivo

El art. 71 de la Constitución establece que cada una de las Cámaras del Congreso puede requerir la asistencia de los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime con venientes.

Se trata de una prerrogativa extensible, por decisión de las Cámaras, a sus comisiones internas conforme a las disposiciones que sobre el particular contengan sus reglamentos. Su contrapartida es la facultad reconocida a los ministros para asistir a las sesiones de las Cámaras y de participar en sus debates aunque sin derecho de voto (art. 106 CN).

La prerrogativa que pueden ejercer las Cámaras por aplicación del art. 71 es independiente de la obligación que tienen los ministros de presentar un informe detallado al Congreso sobre el estado de la Nación en lo referente a las actuaciones que se desarrollan en sus áreas de competencia. Este informe se presenta con motivo de la apertura anual de las sesiones del Congreso que prevé el art. 104 de la Ley Fundamental.

Las Cámaras pueden exigir que la información pertinente les sea aportada, por escrito o personalmente, por el ministro mediante su asistencia al recinto de aquéllas. Este último procedimiento es el que, usualmente, se aplica en la práctica. Sin embargo, en algunos casos los ministros se han negado a presentarse ante las Cámaras y han ofrecido las explicaciones en forma escrita. Tal actitud importa desvirtuar el significado y los alcances de la prerrogativa congresual lo que puede conllevar, al margen de un grave costo político para el presidente, la sustanciación de un juicio político a los ministros que no cumplan con su deber constitucional.

Generalmente, el ejercicio de esta prerrogativa recibe el nombre de interpelación. Se trata de un error, porque la interpelación es un instituto propio de los sistemas parlamentarios y extraño al régimen presidencialista que consagra la Constitución.

El pedido de informes, con los alcances que le asigna el art. 71 de la Constitución, constituye una forma efectiva para que el Congreso ejerza su poder de control político sobre la actuación de los diversos departamentos ministeriales que componen el Poder Ejecutivo.

#### 489. Remuneración de los legisladores

El art. 74 de la Constitución establece que los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación y que su monto es fijado por ley del Congreso, que puede incrementar o reducir la remuneración.

Considerando que el ejercicio de un cargo legislativo priva a su titular de desarrollar una actividad remunerada por el tiempo y dedicación que insume, resulta razonable y conveniente que ese servicio sea debidamente compensado. Caso contrario, y al margen de las hipótesis de corrupción, el acceso a la función legislativa estaría limitado a quienes disfrutaban de una posición económica sólida, o bien inhibiría a los legisladores para dedicarse en forma excluyente o preponderante a su labor pública.

También es razonable que la remuneración de los legisladores sea cubierta con los fondos provenientes del Tesoro de la Nación. Esos fondos, en su mayor parte, se integran con las contribuciones que realizan los habitantes del país a quienes, precisamente, representan y sirven los legisladores.

El monto de la retribución es establecido por ley del propio Congreso. Esto implica reconocer al Poder Ejecutivo una facultad de control a través de la potestad de vetar la ley si llegara a fijar montos exorbitantes o carentes de relación con la situación económica de la Nación y de sus habitantes.

Los importes que perciben los legisladores por el desempeño de sus cargos están gravados por el impuesto a las ganancias. Otro tanto sucede con el que reciben los integrantes del Poder Ejecutivo.

#### 490. Inmunidad por las expresiones

El art. 68 de la Constitución dispone que los miembros del Congreso no pueden ser acusados, interrogados judicialmente ni molestados por las opiniones o discursos que emitan en el desempeño de sus mandatos.

Si los legisladores estuvieran desprovistos de esta prerrogativa, los debates y discusiones suscitados con motivo del tratamiento de los innumerables temas que competen al Congreso carecerían de eficiencia. La actuación de los legisladores no estaría amparada con las garantías suficientes para afirmar su independencia.

La prerrogativa se extiende sobre las expresiones vertidas tanto dentro como fuera del recinto del Congreso. Lo que resulta indispensable es que esté ligada con las funciones que desempeña el legislador, porque la prerrogativa es de índole funcional y no personal. Por ende, los agravios vertidos por un legislador en el ejercicio de la libertad de expresión, que no guardan relación alguna con la función legisferante, no están amparados por la cláusula constitucional.

El lapso de vigencia de la prerrogativa se extiende desde que el legislador asume su cargo, no desde su elección, y hasta el momento en que concluye su mandato.

Una vez concluido el mandato, el legislador tampoco puede ser sometido a cualquier tipo de reclamo o proceso judicial por las expresiones que emitió durante su vigencia.

Cabe acotar que cuando las expresiones del legislador son realizadas o reproducidas a través de un medio de prensa, la inmunidad que le reconoce la Constitución se extiende a los periodistas, editores y empresas periodísticas que se limitan a darles publicidad.

Si bien extender el privilegio a ciertas declaraciones efectuadas fuera del recinto del Congreso o del lugar donde se ejerce específicamente la función legislativa constituye una invitación a la irresponsabilidad de ciertos legisladores sin escrúpulos, la preservación del carácter absoluto de la prerrogativa del art. 68 se impone en resguardo de la estructura del sistema político democrático.

Aceptar el carácter absoluto de esa prerrogativa no significa, a nuestro entender, la desprotección de quienes son agraviados por los legisladores, tan proclives a formular denuncias infundadas. Al menos, cabe reconocerles similar potestad para criticar a los gobernantes de manera desinhibida y, en caso de ser demandados civilmente o querrellados penalmente, que puedan requerir la aplicación del estándar de la real malicia.

La hipótesis prevista en el art. 68 configura el único caso en que el ejercicio de la libertad de expresión reviste carácter absoluto, basado en la razón institucional que la inspira. Ella es extensible a los ministros del Poder Ejecutivo por las expresiones que emitan cuando comparecen a las sesiones del Congreso para tomar parte en sus debates conforme al art. 106 de la Constitución.

La prerrogativa no se extiende a las expresiones vertidas por el legislador antes de asumir su cargo, pero la sustanciación de una causa penal por ellas requiere el previo desafuero (18).

#### 491. Inmunidad de arresto

El art. 69 de la Constitución establece que ningún legislador, desde el momento de su elección y hasta que cese su mandato, puede ser arrestado. Solamente lo podrá ser si es sorprendido in fraganti en la ejecución de algún delito que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva. Pero, en tal caso, la detención deberá ser comunicada a la Cámara que integra el legislador con una información sumaria del hecho.

La prerrogativa se aplica tanto durante el curso de las sesiones del Congreso, como cuando éste entra en receso. Tampoco se suspende durante la vigencia del estado de sitio, razón por la cual el Poder Ejecutivo no puede detener a los legisladores. También se extiende a los legisladores provinciales cuando sus respectivas constituciones así lo disponen. En tales casos, así como un juez provincial no puede disponer la detención de un legislador nacional, tampoco un juez federal puede hacer lo propio con los legisladores provinciales.

La prerrogativa es aplicable a los integrantes de los órganos legislativos municipales, si así está previsto en la Constitución provincial, en tanto que resulta insuficiente que ella provenga de una ley local.

Al considerar la amplitud de la prerrogativa, estimamos que ella rige cuando el legislador disfruta de una licencia.

Como excepción, es viable la detención del legislador cuando: 1) Es sorprendido con motivo de la comisión de un delito, y 2) se trata de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva.

Si se tiene en cuenta el carácter restrictivo que debe imperar en la interpretación de la prerrogativa, entendemos que la expresión "in fraganti" abarca el instante de la comisión del delito, de la tentativa y el lapso posterior si el legislador se oculta o se lo sorprende con instrumentos que permitan presumir la comisión del delito inmediatamente después de consumado. Tal es la definición de flagrancia que ofrece el art. 285 del Código Procesal Penal de la Nación.

La terminología de la Constitución es, aparentemente, confusa, porque al referirse a penas infamantes o aflictivas utiliza un lenguaje extraño al usualmente empleado en materia jurídica. En efecto, nuestra legislación penal no tipifica los delitos infamantes o aflictivos. Sobre tal base, algunos autores consideran que la Constitución hace referencia a las hipótesis que aluden al delito de traición a la patria.

En virtud de acudir a la interpretación finalista de la Constitución, y al considerar que en caso de duda las prerrogativas deben funcionar en forma restrictiva, entendemos que los constituyentes se refirieron a delitos penales graves. Serían aquellos delitos que acarrear penas privativas de libertad y que no son susceptibles de excarcelación o eximición de prisión y siempre, claro está, que el arresto se concrete con motivo de la comisión del delito.

Para el supuesto de que se disponga la detención del legislador por haberse cumplido con los recaudos constitucionales, ella solamente tiene carácter provisorio. El juez que ordena la detención debe informar sobre el hecho, de manera inmediata, a la Cámara que integra el legislador y, una vez agotado ese deber de información o en forma simultánea, disponer su traslado al Congreso.

Pero en modo alguno puede el juez mantener detenido al legislador u ordenar, a su respecto, la ejecución de actos indagatorios, a menos que la Cámara resuelva excluir de su seno al legislador o acceder al desafuero solicitado por el magistrado judicial.

El art. 3º de la ley 25.320 de Fueros se aparta de esta interpretación. Establece que si un legislador es detenido en virtud de lo dispuesto por el art. 69 de la Constitución, el juez pondrá el hecho en conocimiento de la Cámara respectiva y ésta, dentro del plazo de diez días, decidirá por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes si procede el desafuero. Si se niega el desafuero, el juez dispondrá la inmediata libertad del legislador.

Consideramos que, conforme al art. 69, un legislador que prosigue siendo tal y disfrutando de todas las prerrogativas constitucionales, no puede continuar detenido por decisión de un juez, sino que debe ser enviado a la Cámara que integra y ésta podrá mantener su detención por el lapso de diez días hasta que se decida sobre el desafuero solicitado.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la prerrogativa del art. 69 no es aplicable a los legisladores cuando, en el ejercicio particular de la profesión de abogado, incurrir en desacatos judiciales que les pueden acarrear una sanción disciplinaria de arresto dispuesta por el juez.

Consideramos que esta doctrina es errónea porque convalida la detención del legislador bajo condiciones diferentes a las que prevé la Ley Fundamental. Esa detención vulnera la prerrogativa constitucional al configurar un impedimento temporal para que el legislador pueda ejercer su función legislativa. En este caso, y sobre la base del agravio inferido al normal desenvolvimiento de la función jurisdiccional del Estado por el Poder Judicial, la Cámara está facultada para aplicar sanciones disciplinarias al legislador, ya sea apercibirlo o disponer su exclusión.

#### 492. Suspensión parcial del proceso penal

Con la salvedad de los casos previstos por el art. 68 de la Constitución, los legisladores pueden ser demandados en causas civiles, cuya causa no resida en hechos amparados por la prerrogativa del art. 68, comerciales, laborales o fiscales. Pueden ser condenados y la sentencia es perfectamente ejecutable. No acontece lo propio con las causas penales. Respecto de ellas, los legisladores gozan de la prerrogativa de suspensión de aquellos actos procesales que se traduzcan en la privación de su libertad física o ambulatoria, que le impedirían cumplir con sus funciones constitucionales.

El art. 70 de la Constitución establece que, cuando se sustancia una causa penal contra un legislador, examinado el mérito del sumario en un juicio público, podrá cada Cámara suspender al imputado en sus funciones y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento. La decisión debe ser adoptada por el voto de los dos tercios de los miembros presentes.

La suspensión del legislador no requiere, necesariamente, que medie un pedido de desafuero por el juez. La gravedad de los hechos que involucran al legislador y el resguardo de la ética republicana pueden justificar la suspensión sin que medie requerimiento judicial. Pero la suspensión deberá ser dejada sin efecto si el juez declara que no existe mérito para que, momentánea o definitivamente, el legislador quede sujeto al proceso penal.

La suspensión del legislador debe estar precedida por un juicio público que se desarrollará en el seno de la Cámara en el cual se otorgará al legislador todas las garantías del debido proceso legal. El debate en ese juicio público no se relaciona con la culpabilidad o inocencia del legislador, sino con la determinación de las circunstancias fácticas que tornan, o no, políticamente razonable disponer la suspensión.

La decisión que adopte la Cámara es discrecional y de carácter político. Ella no es susceptible de control judicial aunque tenga carácter arbitrario, pero como es consecuencia de un juicio público, consideramos que ella carecerá de validez si se priva al legislador de la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la prerrogativa del art. 70 de la Constitución no configura una inmunidad o exención del proceso penal sustanciado, sobre la base de hechos distintos a los previstos en el art. 68. El legislador no puede impedir que se le promuevan acciones penales ni que se adelanten los procedimientos judiciales, con la única salvedad de que, a su respecto, no se pueden ordenar actos procesales que afecten su libertad personal ambulatoria (19). Por ende, no es procedente disponer el procesamiento o prisión preventiva del legislador y, con mayor razón, que el juez emita a su respecto una sentencia penal condenatoria (20).

Por aplicación del art. 69 de la Ley Fundamental, la prerrogativa rige desde el momento de la elección del legislador.

Ella se aplica tanto respecto de las causas penales promovidas después de la elección, como respecto de las iniciadas con anterioridad.

#### 493. El desafuero

El desafuero consiste en la decisión adoptada por una Cámara, a pedido de un juez, para que el legislador que la integra quede plenamente sometido a las consecuencias del proceso penal que se sustancia. La concesión del desafuero, por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Cámara, comporta la suspensión del legislador en sus funciones.

Al recibir el pedido de desafuero, corresponde que la Cámara analice la seriedad del requerimiento y la relativa verosimilitud de los hechos que la motivan, así como también su gravedad. No corresponde que la Cámara indague sobre la culpabilidad o inocencia del legislador. Tampoco que enfoque la solución del tema sobre la eventual aplicación o interpretación de las normas penales. Su decisión debe tener una fundamentación exclusivamente política y ética en salvaguarda del prestigio y autoridad del Congreso, por una parte, y por la otra teniendo en cuenta su funcionamiento eficiente que puede ser afectado si se desprende, aunque sea transitoriamente, de uno de sus miembros.

La concesión del desafuero, que importa suspender al legislador en sus prerrogativas congresuales con respecto a todos los actos delictivos que realice en lo sucesivo, faculta al juez requirente para proseguir con la sustanciación de la causa penal que involucra al legislador por hechos anteriores al desafuero. Los hechos anteriores que permiten el juzgamiento del legislador son únicamente aquellos sobre la base de los cuales fue otorgado el desafuero. De manera que el desafuero no habilita el sometimiento del legislador a causas penales anteriores distintas a la de aquella donde fue emitida la petición. Los jueces que tienen a su cargo tales causas deben solicitar la extensión del desafuero respecto de ellas.

Durante la sustanciación del proceso penal, el legislador no pierde su calidad de tal. Continúa siendo legislador aunque sea objeto de una sanción privativa de libertad, y aunque se haga efectivo su cumplimiento. Esa calidad la conserva hasta que cese su mandato, a menos que la Cámara decida excluirlo por aplicación del art. 66 de la Ley Fundamental, o acepte su renuncia al cargo. Esto no significa que el legislador esté habilitado para proseguir cumpliendo con sus funciones congresuales porque, precisamente, el desafuero trae aparejada su suspensión en el ejercicio de tales funciones.

Como toda prerrogativa congresual, la que se traduce en la suspensión de los procesos penales no puede ser objeto de renuncia por el legislador. Aunque exprese su voluntad de quedar sujeto a la causa, el juez no puede aceptar semejante decisión porque carece de validez al no estar precedida por un desafuero. Nadie puede renunciar a un derecho que no tiene, y las prerrogativas congresuales no tienen carácter personal sino institucional.

Como el otorgamiento del desafuero es una potestad privativa y discrecional de cada Cámara, también lo es determinar un límite para la suspensión de la prerrogativa impuesta por el art. 70 de la Constitución. No existen reparos constitucionales para que la Cámara fije un límite temporal para los efectos del desafuero. Vencido ese límite, cesa el desafuero, el legislador retorna al ejercicio de su función con todas las prerrogativas y queda suspendida a su respecto la tramitación de la causa penal.

#### 494. La Ley de Fueros

La ley 25.320 de Fueros, sancionada el 8/9/2000, reglamenta los alcances de la prerrogativa impuesta por el art. 70 de la Constitución.

Establece que la imputación de un delito a un legislador no impide la sustanciación de la causa penal. El juez está facultado para adoptar todas las medidas instructorias que estime oportunas para el esclarecimiento de un hecho delictivo.

Con acierto dispone que la citación del legislador a prestar declaración indagatoria no constituye una medida restrictiva de su libertad. Se trata de un acto de defensa, durante cuyo transcurso el imputado puede ofrecer las explicaciones que considere convenientes en resguardo de sus derechos.

Si el legislador no concurre a prestar la declaración indagatoria, su concreción compulsiva sólo es posible previo pedido y otorgamiento del desafuero. Pero, aunque preste la declaración, el proceso podrá proseguir hasta su total conclusión siempre que no involucre al legislador. La única novedad que incorpora la ley reside en establecer que un legislador puede ser citado a prestar declaración indagatoria que, en rigor, es un acto por el cual se ejerce el derecho de defensa.

Si el pedido de desafuero es rechazado queda suspendida la prescripción de la acción penal. Entendemos que ello se concreta a partir del momento en que se solicita el desafuero y no desde su rechazo.

Bajo el pretexto de regular una prerrogativa, la ley pretende incorporar nuevas regulaciones en beneficio de los legisladores. Dispone que no se podrá ordenar el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores, ni la interceptación de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara.

Si la propia ley establece que, a falta de desafuero, el proceso penal podrá seguir adelante hasta su total conclusión, no se advierte la razón que impida al juez natural disponer medidas instructorias destinadas a esclarecer los hechos investigados (art. 18 CN). Tales medidas, en cuanto no se traduzcan en una privación de la libertad ambulatoria del legislador, son constitucionalmente válidas. El legislador y la Cámara no pueden cercenar las facultades instructorias de un juez en ejercicio de la potestad jurisdiccional que le confiere la Constitución.

#### 495. Las sesiones del Congreso

Reciben el nombre de sesiones del Congreso las reuniones de sus Cámaras para ejercer las facultades que le confiere la Constitución al órgano legislativo del gobierno.

El funcionamiento de las Cámaras, con excepción de las sesiones preparatorias, debe ser simultáneo. El art. 65 de la Ley Fundamental establece que ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Agrega que ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días sin el consentimiento de la restante.

La simultaneidad de las sesiones es una exigencia razonable, ya que ambas Cámaras son partes internas del Congreso al cual se le atribuyen las decisiones forjadas y aceptadas en el seno de aquéllas.

La simultaneidad de las sesiones no es óbice para que, en ciertos casos, pueda funcionar exclusivamente una de las Cámaras. Tal es lo que acontece cuando la Constitución requiere la intervención de solamente una de ellas para adoptar cierta decisión. Así, la Cámara de Diputados puede sesionar sin el Senado para decidir la sustanciación del juicio político (art. 53 CN) y, este último, puede sesionar con prescindencia de la Cámara de Diputados para sustanciar el juicio político y emitir su fallo (arts. 59 y 60 CN). Asimismo, el presidente de la Nación puede convocar solamente al Senado para declarar el estado de sitio por ataque exterior (arts. 61 y 99, inc. 16, CN).

Al margen de las sesiones preparatorias, la labor congresual también se puede desarrollar sin el funcionamiento de las Cámaras en sesiones ordinarias, de prórroga o extraordinarias, cuando se trata de las comisiones investigadoras o de las comisiones internas o de la Comisión Bicameral Permanente prevista por el art. 99, inc. 3º, de la Constitución para controlar los decretos de necesidad y urgencia que puede dictar el Poder Ejecutivo, o el ejercicio de facultades legislativas delegadas. Sin embargo, la elevación del despacho por esa Comisión a cada Cámara solamente será posible cuando éstas dan comienzo a las sesiones ordinarias, o están reunidas en sesiones de prórroga o extraordinarias.

Las sesiones legislativas se clasifican en sesiones preparatorias, ordinarias, de prórroga y extraordinarias.

#### 496. Sesiones preparatorias

Se denominan sesiones preparatorias aquellas que desarrollan las Cámaras del Congreso antes del comienzo de las sesiones ordinarias. Su desenvolvimiento no exige que ambas Cámaras sesionen de manera simultánea (art. 65 CN). Tal disposición alude a las sesiones ordinarias, de prórroga y extraordinarias, donde la validez de los actos del Congreso requiere la expresión de voluntad de cada una de sus Cámaras. No acontece lo propio con las sesiones preparatorias, cuyo objeto es el de avanzar o concluir con la organización interna de cada Cámara.

Las sesiones preparatorias no están previstas expresamente en la Constitución. Sin embargo, su validez obedece a que la realización de ellas es una facultad implícita de cada Cámara. Bien se puede interpretar que ella proviene del art. 75, inc. 32, de la Constitución, cuando faculta al Congreso para dictar los reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio las potestades que le reconoce la Ley Fundamental. Precisamente, para ejercer esas potestades, es necesario que previamente esté organizado el funcionamiento interno de las Cámaras.

Esa potestad de acordar la organización interna de las Cámaras se impone para que puedan abordar con eficiencia la labor congresual durante las sesiones ordinarias.

En las sesiones preparatorias, integrada la Cámara en su nueva composición, ya sea total o parcial, corresponde que los legisladores elijan a las autoridades de ellas y a los miembros de sus comisiones internas. Tales decisiones deben ser comunicadas a la otra Cámara, al Poder Ejecutivo y a la Corte Suprema de Justicia.

#### 497. Sesiones ordinarias

En las sesiones ordinarias el Congreso, mediante la actuación simultánea de ambas Cámaras, está habilitado para ejercer todas las potestades que le confiere la Constitución.

El art. 63 de la Constitución dispone que ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias desde el primero de marzo y hasta el treinta de noviembre de cada año. A su vez, el art. 99, inc. 8º, establece que el presidente de la Nación hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, ocasión en la que da cuenta del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y pone a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

La Constitución establece el lapso durante el cual se desarrollan las sesiones ordinarias, que no puede ser extendido ni acortado. Las sesiones comienzan el primero de marzo y concluyen el treinta de noviembre. Si por cualquier circunstancia las sesiones ordinarias comenzaran con posterioridad al primero de marzo, el plazo de ellas no puede ser extendido. Asimismo, las sesiones ordinarias concluyen el treinta de noviembre. A partir de ese momento el Congreso entra en

receso a menos que sus sesiones sean prorrogadas o que sea convocado a sesiones extraordinarias.

El texto constitucional establece que las Cámaras comenzarán a sesionar sin que medie requerimiento alguno del presidente de la Nación. De modo que la disposición contenida en el art. 99, inc. 8º, de la Constitución impone un deber para el Poder Ejecutivo de ofrecer información al Congreso sobre el curso de los negocios del Estado y, a la vez, le acuerda la potestad de solicitar al Poder Legislativo la adopción de las medidas que juzgue necesarias y convenientes.

#### 498. Sesiones de prórroga

Las sesiones de prórroga son aquellas que se desarrollan una vez concluidas las sesiones ordinarias y siempre que se requiera la actuación de las Cámaras. Su objeto es el de proseguir con el tratamiento de los temas que quedaron pendientes de resolución al finalizar las sesiones ordinarias el treinta de noviembre de cada año.

La duración de las sesiones de prórroga carece de plazo constitucional. Puede ser establecido cuando se adopta la decisión de realizar tales sesiones, aunque no resulta indispensable. De todas maneras, la duración de las sesiones de prórroga nunca puede superponerse con el inicio del próximo período de sesiones ordinarias.

Durante las sesiones de prórroga el temario se debe circunscribir a las cuestiones que fueron objeto de debate durante las sesiones ordinarias. Entendemos que la inserción de nuevas cuestiones legislativas sólo es viable cuando su tratamiento se concreta con motivo de la realización de sesiones extraordinarias y previa incorporación expresa de ellas al temario. Sin embargo, no advertimos impedimento constitucional alguno para que se opere una superposición entre las sesiones de prórroga y las extraordinarias.

Tanto en las sesiones de prórroga como en las extraordinarias las Cámaras del Congreso pueden ejercer libremente sus funciones no legislativas, aunque ellas no se hubieran iniciado en el período de las sesiones ordinarias. No existen reparos para que, en el curso de las sesiones de prórroga o extraordinarias, se decida la promoción y sustanciación de un juicio político, constituir una comisión investigadora o requerir la asistencia de los ministros del Poder Ejecutivo al seno de las Cámaras para ofrecer las explicaciones que les sean requeridas.

El art. 63 de la Constitución establece que pueden ser prorrogadas las sesiones ordinarias del Congreso. Por su parte, el art. 99, inc. 9º, faculta al presidente de la Nación para prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso. La redacción de estas cláusulas suscita una duda sobre si es indispensable la convocatoria por el Poder Ejecutivo a sesiones de prórroga o si el Congreso está habilitado para autoconvocarse.

En nuestra práctica constitucional, siempre se ha entendido que las sesiones de prórroga deben ser convocadas por el presidente de la Nación. Tal temperamento



fue aceptado por la jurisprudencia congresual. Esta solución también está avalada por un sector de nuestra doctrina constitucional, aunque con la adopción de una postura crítica al respecto. Su fundamento reside en que, si bien el art. 63 de la Ley Fundamental no explicita quién debe efectuar la convocatoria, las dudas se disipan ante el texto categórico del art. 99, inc. 9º, que otorga al Poder Ejecutivo la facultad de convocar al Congreso a sesiones de prórroga.

Por el contrario, otro sector de nuestra doctrina constitucional, al cual nos adherimos, entiende que se trata de una facultad concurrente. La convocatoria puede ser hecha por el Poder Ejecutivo, pero también por el propio Congreso, previa decisión mayoritaria adoptada por ambas Cámaras.

El fundamento de esta postura consiste en que si el Congreso está autorizado para desarrollar su labor en sesiones ordinarias, tiene la facultad de prorrogar la duración de ellas si lo considera necesario o conveniente para la conclusión de los asuntos legislativos pendientes y en beneficio de la sociedad. No sería razonable cercenar la continuidad de las sesiones mediante la subordinación del Congreso al acto que adopte otro órgano gubernamental, porque se estaría lesionando el principio de la separación de las funciones del poder.

Esto no importa desconocer la cláusula del art. 99, inc. 9º, de la Ley Fundamental. El presidente de la Nación también puede convocar al Congreso a sesiones de prórroga, en cuyo caso las Cámaras están obligadas a continuar con sus sesiones.

#### 499. Sesiones extraordinarias

Las sesiones extraordinarias son aquellas que se desarrollan, una vez concluidas las sesiones ordinarias, para el tratamiento de temas específicos que no fueron objeto de consideración en el curso de estas últimas. De todos modos, y tal como acontece en la práctica congresual, no existen inconvenientes para que, en el temario, se incluyan temas que están siendo debatidos en las sesiones ordinarias o de prórroga.

Como acontece con las sesiones de prórroga, tampoco prevé la Constitución un plazo para la duración de las sesiones extraordinarias. Esté o no previsto un plazo para su desenvolvimiento, ellas concluyen con el inicio de las sesiones ordinarias.

El art. 63 de la Constitución dispone que las Cámaras del Congreso pueden ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación. Añade el art. 99, inc. 9º, al describir las atribuciones del titular del órgano ejecutivo del gobierno, que puede convocar al Congreso a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera.

En nuestra práctica constitucional, siempre se ha entendido que las sesiones extraordinarias deben ser convocadas por el presidente de la Nación. Ese criterio fue impuesto por la jurisprudencia congresual y es el que acepta la generalidad de los autores.

Convocado el Congreso a sesiones extraordinarias, solamente puede deliberar y resolver las cuestiones que le son sometidas por el Poder Ejecutivo. No puede

añadir otros temas ni proseguir con el análisis de aquellos que fueron considerados durante las sesiones ordinarias. Asimismo, el Poder Ejecutivo puede, en cualquier momento, dar por concluidas las sesiones extraordinarias o retirar los temas incluidos en la convocatoria. El temario incluido en la convocatoria puede ser ampliado por el presidente de la Nación.

Compartiendo la opinión de Linares Quintana, consideramos que el Congreso está autorizado para autoconvocarse a sesiones extraordinarias. En tal caso, hará falta la decisión de las Cámaras adoptada por la mayoría de sus miembros presentes, la determinación del temario y, eventualmente, un acuerdo político para decidir cuál de ellas revestirá el carácter de Cámara de origen. Las razones invocadas para avalar la autoconvocatoria a sesiones de prórroga se extiende a las sesiones extraordinarias.

#### 500. Publicidad de las sesiones

Uno de los principios fundamentales del sistema republicano de gobierno está conformado por la publicidad de sus actos. Si los gobernantes son mandatarios del pueblo, y si sus actos son manifestaciones de la voluntad estatal, resulta indispensable que tengan carácter público. Esa publicidad les permite a los mandantes conocer la actuación de sus mandatarios en el ejercicio de la representación que se les atribuye y, eventualmente, exigir una rendición política de cuentas.

Este principio, que es aplicable a los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, con mayor razón se impone ante el Poder Legislativo porque su ejercicio corresponde al Congreso que está integrado por los representantes del pueblo de la Nación y de las provincias.

Ese recaudo de la publicidad republicana determina que las sesiones del Congreso deban ser siempre públicas, o casi siempre públicas.

La publicidad de las sesiones de las Cámaras del Congreso tiene diversas manifestaciones. Una de ellas consiste en permitir el acceso del público a las Cámaras para asistir a sus debates. Claro está que, por razones de espacio, se puede limitar el número de las personas asistentes. Otra de las manifestaciones reside en permitir el acceso de los medios de prensa, en particular la radio y televisión, que permiten una amplia difusión de los debates.

Sin embargo, los reglamentos de las Cámaras del Congreso autorizan las sesiones secretas si ellas así lo deciden. El secreto se puede limitar a impedir el acceso del público a las sesiones, sin perjuicio de dar a conocer posteriormente sus contenidos a los fines de la difusión, o bien a reservar los debates dando a publicidad únicamente la decisión adoptada por las Cámaras. El secreto se puede extender también al resultado de la labor congresual, como es una ley. Es el caso de las leyes secretas, cuya falta de publicidad las priva de validez constitucional si se pretende su aplicación.

#### 501. Quórum y régimen de mayorías

La palabra "quórum" designa al número mínimo de miembros de un cuerpo colegiado, cuya presencia es necesaria para que el organismo pueda funcionar y adoptar decisiones válidas.

En un sistema republicano el ideal está representado por la asistencia de todos los miembros que forman parte de una asamblea. Sin embargo, en la práctica, y por diversas razones, ello resulta imposible o muy difícil de concretar. Aceptando esa realidad, y con el objeto de no tornar inoperantes a los órganos colegiados, resulta conveniente exigir la asistencia a las sesiones de un número inferior al de la totalidad de sus miembros para que el organismo pueda actuar válidamente.

El art. 64 de la Constitución dispone que ninguna de las Cámaras del Congreso entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros, reconociendo a un número menor de sus integrantes el derecho para compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones.

Entendemos que esa disposición alude a una mayoría que se debe determinar sobre la totalidad de bancas de cada Cámara, y no de los miembros existentes.

En la práctica congresual, el cumplimiento del quórum se exige al dar comienzo a las sesiones y en el acto de la votación. Ese temperamento desvirtúa la seriedad de las sesiones cuando, en el curso del debate, muchos legisladores suelen abandonar la sala de la Cámara que prosigue funcionando sin quórum. Consideramos que en tal caso correspondería disponer la suspensión de las sesiones hasta que qued e conformado el quórum.

La regla del art. 64 de la Constitución tiene carácter general y admite excepciones. Cuando la Ley Fundamental exige que la adopción de las decisiones se realice por los dos tercios de la totalidad de los miembros existentes (arts. 30 y 75, inc. 22, CN), el quórum será superior al de la mayoría absoluta de las bancas.

El número mínimo de legisladores que constituye el quórum no debe ser confundido con el régimen de mayorías que exige la Constitución para adoptar decisiones válidas. Estas últimas, previo cumplimiento del quórum requerido para cada caso, se determinan sobre la totalidad de los miembros presentes o de las bancas según sea el caso.

En su parte final, el art. 64 de la Constitución establece que si no se obtiene el quórum, un número menor de legisladores podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que disponga cada Cámara.

Una de las prácticas que, lamentablemente, suele ser aplicada para obstruir la labor legislativa consiste en la inasistencia a las sesiones de los legisladores que se oponen a la consideración o sanción de un proyecto de ley. Cuando un grupo minoritario de legisladores advierte que sus votos serán insuficientes para rechazar el proyecto, pero que su inasistencia privará a la Cámara del quórum necesario para sesionar, suelen optar por esta última vía para trabar el desarrollo de las sesiones.

Para evitar esta práctica desleal, se reconoce a los legisladores, cualquiera sea su número, el derecho de obligar a los remisos para que asistan a las sesiones. Así, en los reglamentos internos de las Cámaras se especifica que la minoría podrá acordar los medios para compeler la presencia de los inasistentes, como la aplicación de multas o requerir el auxilio de la fuerza pública.

Si se cumple con el quórum establecido por el art. 64 de la Constitución, la generalidad de las decisiones de las Cámaras debe ser adoptada por el voto de la mayoría de los miembros presentes. Sin embargo, y como excepción, la Constitución prevé casos de mayorías especiales sobre la totalidad de los presentes, la mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros existentes y mayorías especiales sobre la totalidad de los miembros existentes.

#### 502. Mayorías especiales sobre la totalidad de los presentes

Una mayoría especial sobre la totalidad de los miembros presentes está prevista en los siguientes casos:

1) El art. 53 establece que se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados para promover un juicio político y acusar, ante el Senado, al presidente de la Nación, al vicepresidente, al jefe de gabinete, a los ministros y a los jueces de la Corte Suprema de Justicia.

2) El art. 59 dispone que el fallo condenatorio del Senado en el juicio político debe ser adoptado por los dos tercios de los legisladores presentes.

3) El art. 66 exige dos tercios de votos sobre la totalidad de los presentes para que cada Cámara corrija a sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o los remueva por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación al Congreso.

4) El art. 70 impone dos tercios de votos sobre la totalidad de los presentes para que la Cámara disponga el desafuero de uno de sus miembros.

5) La mayoría prevista por los arts. 81 y 83 durante el proceso de la sanción de las leyes, es la de dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara.

6) El art. 86 establece que el defensor del Pueblo debe ser nombrado y removido con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada Cámara.

7) El art. 99, inc. 4º, dispone que el presidente de la Nación nombra a los jueces de la Corte Suprema de Justicia con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes.

#### 503. Mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros existentes

En varias disposiciones la Constitución exige el voto coincidente de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros que registra cada Cámara del Congreso:

1) El art. 39 dispone que la sanción de la ley reglamentaria de la iniciativa popular debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

2) El art. 40 establece que la sanción de la ley reglamentaria de la consulta popular se hará efectiva con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

3) El art. 75, inc. 2º, establece que las leyes convenio en materia impositiva deben ser sancionadas por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, siendo Cámara de origen el Senado.

4) El art. 75, inc. 3º, dispone que el establecimiento y la modificación de asignaciones específicas de recursos coparticipables serán por tiempo determinado y por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara.

5) El art. 75, inc. 24, establece que la aprobación de los tratados de integración con Estados latinoamericanos requiere la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara. Igual mayoría se requiere para la aprobación de los tratados de integración con otros Estados, la cual se podrá expresar una vez que transcurran ciento veinte días de haber declarado el Congreso, por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara en el sentido de la conveniencia de aprobar el tratado.

6) El art. 79 establece que cada Cámara, luego de aprobar en general un proyecto de ley, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de los contenidos de ese proyecto, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros. Igual mayoría sería exigible para que cada Cámara deje sin efecto la delegación efectuada a las comisiones y asuma directamente la tramitación en particular del proyecto de ley. Asimismo, la aprobación en el seno de las comisiones del proyecto en particular requiere del voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros.

7) El art. 85 establece que la ley que reglamente la creación y el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara del Congreso.

8) El art. 99, inc. 3º, dispone que una ley especial, sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, regulará los alcances y el trámite de la intervención del Congreso en aquellos casos que el Presidente de la Nación dicte decretos de necesidad y urgencia que versen sobre materias legislativas, aunque no podrán abordar, entre otros temas, cuestiones relacionadas con la materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

9) El art. 101 establece que el jefe de gabinete de ministros puede ser requerido para el tratamiento de una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Asimismo, podrá ser removido de su cargo por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso.

10) El art. 114 dispone que el Consejo de la Magistratura será regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso.

#### 504. Mayoría especial sobre la totalidad de los miembros existentes

Una mayoría especial, sobre la totalidad de los miembros que integran el organismo colegiado, es exigida en los siguientes casos:

1) El art. 30 exige una mayoría de las dos terceras partes sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara para que el Congreso pueda formular la declaración referente a la necesidad de reformar la Constitución.

2) El art. 75, inc. 22, establece que los tratados internacionales que menciona y los de igual naturaleza que se aprueben en el futuro sólo pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo previa aprobación de la medida por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Igual mayoría se exige para la aprobación de los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que se sancionen en el futuro.

En estos casos, el quórum impuesto por el art. 64 de la Constitución es mayor. En efecto, la asistencia de la mayoría absoluta sobre la totalidad de las bancas existentes resulta insuficiente para obtener los dos tercios de la totalidad de los miembros existentes de cada Cámara.

(1) Sent. del 1/6/2009.

(2) Caso "Rozas y otros" resuelto el 1/6/2009.

(3) LA LEY, 2002-C, 157. Sent. del 14/10/2001.

(4) Fallos CS 326:1778.

(5) Fallos CS 47:191; 238:283; 256:192 y 208; 263:267.

(6) Fallos CS 321:3236.

(7) Fallos CS 322:2368.

(8) Fallos CS 321:3236. El voto de la mayoría fue compuesto por los jueces Eduardo Moliné O'Connor, Julio Nazareno, Guillermo López, Antonio Boggiano y Adolfo Vázquez. En cambio, los jueces Enrique Petracchi, Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Gustavo Bossert votaron en disidencia y ordenaron al Senado que se abstuviera de tomar juramento a los senadores designados inconstitucionalmente.

(9) 395 US 486.

(10) La Cámara estuvo integrada por los jueces Rodolfo Munné, Eduardo Luraschi y Horacio Cattani.

(11) Fallos CS 321:3236.

(12) Fallos CS 324:3358.

- (13) Fallos CS 326:4468. LA LEY, 2004-D, 3.  
(14) ED, 19/5/2004, p. 19.  
(15) Fallos CS 330:3160.  
(16) Sent. del 8/4/2008; Fallos CS 331:548.  
(17) Fallos CS 330:2222.  
(18) Fallos CS 315:1470.  
(19) Fallos CS 14:223, 135:250, 185:360, 190:397, 261:33, 319:590.  
(20) Fallos CS 319:3026.

## CAPÍTULO XVII

### La actividad del Congreso

#### SUMARIO

505. Sanción de las leyes.  
506. Promulgación y publicación de las leyes.  
507. Leyes secretas.  
508. El veto del Poder Ejecutivo.  
509. El veto y la promulgación parcial de las leyes.  
510. Nulidad de las leyes.  
511. Delegación de facultades legislativas.  
512. Límites de la delegación de facultades legislativas.  
513. Comisión Bicameral Permanente.  
514. Atribuciones del Congreso.  
515. Atribuciones jurídicas.  
516. Leyes federales y de derecho común.  
517. Igualdad y privilegios.  
518. Establecimientos de utilidad nacional.  
519. Poderes implícitos.  
520. Atribuciones económicas y financieras.  
521. Integración del Tesoro nacional.  
522. Aduana y libertad de circulación.  
523. Navegación y habilitación de puertos.  
524. Poder impositivo y coparticipación.  
525. Empréstitos y deuda pública.  
526. Bienes de propiedad nacional.  
527. Moneda y régimen bancario.  
528. Ley de presupuesto.  
529. Subsidios a las provincias.  
530. Regulación del comercio.  
531. Regulación del correo.

- 532. Atribuciones de política internacional.
- 533. Atribuciones de seguridad nacional.
- 534. Derechos de los pueblos indígenas.
- 535. Cláusula del progreso.
- 536. Educación.
- 537. Autonomía universitaria.
- 538. Protección de la cultura y el pluralismo.
- 539. Atribuciones de organización.
- 540. Amnistías generales.
- 541. Renuncia del presidente o vicepresidente.
- 542. Función preconstituyente.
- 543. Comisiones investigadoras.
- 544. Límites del poder de investigación.
- 545. Atribuciones de control.
- 546. Auditoría General de la Nación.
- 547. El defensor del Pueblo.
- 548. El juicio político.
- 549. El eslabón perdido.
- 505. Sanción de las leyes

La actuación del Congreso y de cada una de sus Cámaras se concreta mediante la realización de diversos actos que exteriorizan, de manera total o parcial, la voluntad de uno de los órganos del gobierno.

Los actos del Congreso o de sus Cámaras reciben variadas denominaciones, en consideración de su objeto y contenido. Pueden consistir en resoluciones, comunicaciones, acuerdos, declaraciones y hasta sentencias, como acontece con los pronunciamientos que emite el Senado al concluir un juicio político. De tales actos, los más importantes por su extensión y efectos son las leyes.

La ley es una norma jurídica obligatoria emitida por el Congreso, en el marco de sus competencias constitucionales, con la necesaria intervención de ambas Cámaras, cuyos contenidos generales o particulares están destinados a regular las relaciones sociales y de poder mediante la reglamentación de los preceptos de la Ley Fundamental.

El proceso para la formación y sanción de las leyes se desarrolla en el seno del Congreso de la Nación y puede, en principio, tener origen en cualquiera de sus Cámaras.

Como excepción al principio anterior, la Constitución le asigna de manera exclusiva a la Cámara de Diputados la iniciativa para:

- 1) Tratar los proyectos de leyes generados por el ejercicio del derecho de iniciativa (art. 39).
- 2) Considerar el sometimiento de un proyecto de ley a una consulta popular vinculante (art. 40).
- 3) Tratar los proyectos de leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas (art. 52).

Asimismo, y también de manera exclusiva, solamente el Senado puede ser la Cámara de origen para:

- 1) El tratamiento de los proyectos de leyes convenio en materia impositiva (art. 75, inc. 2º).
- 2) El tratamiento de los proyectos de leyes referentes al crecimiento armónico de la Nación y el poblamiento de su territorio, así como también la promoción de políticas diferenciales tendientes a equilibrar el desarrollo desigual relativo de las provincias y regiones (art. 75, inc. 19).

Los proyectos de ley solamente podrán ser presentados por el presidente de la República o por los legisladores ante la Cámara que integran. Esto no significa que los individuos o los grupos sociales no puedan propiciar todo tipo de proyectos de ley, sino que será necesario que su presentación formal ante una de las Cámaras sea efectuada por algún legislador o por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, cuando se trata de proyectos de ley formulados a raíz del ejercicio del derecho de iniciativa (art. 39), su presentación ante la Cámara de Diputados la realizan los ciudadanos directamente.

El art. 100, inc. 6º, de la Constitución le otorga al jefe de gabinete la facultad de remitir al Congreso los proyectos de leyes de Ministerios y de Presupuesto nacional, aunque con la previa aprobación del presidente de la República.

Para dar comienzo al tratamiento de un proyecto de ley y una vez que se cumplen las etapas previstas en el reglamento interno de la Cámara, se requiere que en ella se cumpla con el quórum establecido por el art. 64 de la Constitución. Ese quórum se incrementa cuando la Ley Fundamental exige que la aprobación sea realizada por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros existentes de cada una de las Cámaras.

Como regla general, y salvo los casos en que la Constitución impone mayorías especiales, todo proyecto de ley aprobado por ambas Cámaras con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros presentes, pasa al Poder Ejecutivo para su

análisis, y si también obtiene su aprobación expresa o tácita, es promulgado con fuerza de ley (art. 78).

El art. 81 de la Ley Fundamental prevé el procedimiento para la sanción de las leyes y las soluciones aplicables cuando no existe acuerdo entre las Cámaras sobre los contenidos de los proyectos:

1) El proyecto de ley aprobado por la Cámara de origen y rechazado totalmente por la Cámara revisora no puede ser nuevamente considerado en las sesiones del año en curso.

2) Cuando la Cámara revisora realiza modificaciones o adiciones en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de origen, se deberá dejar constancia de si aquéllas fueron establecidas por la mayoría absoluta o por las dos tercera s partes de los legisladores presentes.

3) La Cámara de origen no puede rechazar totalmente un proyecto que, habiendo sido aprobado por ella, merezca modificaciones o adiciones por la Cámara revisora.

4) Al retornar el proyecto a la Cámara de origen, ésta puede:

4.1) Aprobar todas o algunas de las modificaciones introducidas por la Cámara revisora.

4.2) Insistir por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes en que se mantenga el texto originario, siempre que las modificaciones propuestas por la Cámara revisora fueran aprobadas por igual mayoría.

4.3) En este caso, se aprueba el proyecto con la redacción asignada por la Cámara de origen, pero si esta última no puede insistir al menos con esa mayoría, quedan aprobadas las modificaciones introducidas por la Cámara revisora.

4.4) Si las modificaciones de la Cámara revisora fueron efectuadas con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, la insistencia de la Cámara de origen requerirá de igual mayoría para que se apruebe el proyecto de ley en su texto originario.

La aprobación de los proyectos de ley no requiere siempre la intervención en pleno de las Cámaras del Congreso.

El art. 79 de la Constitución dispone que, una vez que el proyecto de ley es aprobado en general por una de las Cámaras, ella puede delegar su tratamiento en particular en sus comisiones internas.

Para que sea viable el tratamiento en particular del proyecto de ley por una o varias comisiones, se requiere una decisión adoptada en tal sentido por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Cámara respectiva.

Consideramos que la solución prevista por el art. 79 de la Constitución es excepcional y de interpretación restrictiva. Ella es aceptable para la consideración, en particular, de proyectos de leyes comunes cuya aprobación exige el voto de la

mayoría absoluta de los miembros presentes con el quórum impuesto por el art. 64 de la Constitución. Pero la circunstancia de exigir, en ciertos casos, mayorías especiales revela la intención del constituyente de una intervención plena de cada Cámara en el tratamiento en general y en particular del proyecto.

En cualquier momento, la Cámara puede dejar sin efecto la delegación por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros.

Si se produce la revocatoria de la delegación, el proyecto aprobado en general deberá seguir con su tramitación ante la Cámara en pleno.

El tratamiento en particular que sea aprobado por la comisión o comisiones intervinientes por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros tendrá las mismas consecuencias jurídicas que si la aprobación hubiera emanado de la Cámara en pleno.

La decisión de una de las Cámaras en el sentido de autorizar la intervención de las comisiones internas no obliga a la restante para adoptar igual temperamento.

Entendemos que la delegación en las comisiones sólo es viable cuando el proyecto ingresa, por primera vez, en la Cámara de origen.

Pero su tratamiento por la Cámara de origen, cuando el proyecto retorna a ella debido a las modificaciones efectuadas por la Cámara revisora, debe ser realizado en sesión plenaria porque la Constitución exige que su aprobación o rechazo se concreten por la mayoría absoluta de los miembros presentes o los dos tercios de ellos.

Aprobado un proyecto de ley en particular por las Cámaras, cuando en una o ambas se realiza la delegación en las comisiones, también se requerirá la intervención de aquéllas en pleno de mediar un veto del Poder Ejecutivo.

Para evitar la permanencia indefinida en el Congreso de los proyectos de ley está prevista su caducidad. La ley 13.640 establece que todo proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso que no obtenga sanción en una de sus Cámaras, durante el año congresual en que tuvo entrada al cuerpo o en el siguiente, se tendrá por caducado. Si durante ese período el proyecto es sancionado por alguna de las Cámaras, los plazos se prorrogan por un nuevo año.

El proyecto de ley aprobado con modificaciones por la Cámara revisora que no concluya el trámite establecido por el art. 81 de la Constitución en el año congresual en que obtuvo esa aprobación o en el siguiente se tiene por caducado.

Los proyectos de ley aprobados por las Cámaras del Congreso que son observados total o parcialmente por el Poder Ejecutivo conforme al art. 83 de la Constitución caducan si el Congreso no los confirma en el año congresual en que fueron devueltos o en el siguiente.

La caducidad no se aplica si se trata de proyectos de códigos, tratados internacionales o de los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo sobre provisión de fondos para pagar los créditos contra la Nación.

#### 506. Promulgación y publicación de las leyes

Una vez aprobado el proyecto por ambas Cámaras, se eleva al Poder Ejecutivo para su promulgación. Ésta es el acto por el cual el Poder Ejecutivo, en ejercicio de su función legislativa, aprueba un proyecto de ley. A partir de la promulgación, el proyecto queda sancionado como ley.

Conforme al art. 80 de la Constitución, la promulgación puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el Poder Ejecutivo mediante un decreto aprueba el proyecto. Es tácita cuando, una vez transcurridos diez días hábiles desde su recepción, el Poder Ejecutivo no formula expresamente su aprobación o desaprobación.

Si bien una ley queda sancionada a partir de su promulgación, ella no entra en vigencia hasta que se proceda a su publicación. Si bien las leyes no publicadas o secretas no dejan de ser leyes, su aplicación carece de validez constitucional.

La publicación oficial de las leyes se realiza en el Boletín Oficial. Sin embargo, no existen reparos para que se prevean otros mecanismos de publicación, siempre que sean razonables y coadyuven a la debida difusión de los contenidos de la norma.

Generalmente, las leyes prevén la fecha de su entrada en vigencia a partir de la publicación. Incluso, ella se puede concretar al día siguiente de esa publicación. Pero, para el caso de que no esté prevista esa fecha, el art. 2º del Código Civil establece que la ley entrará en vigencia a los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

#### 507. Leyes secretas

El proceso de elaboración de una ley se integra con su sanción por ambas cámaras del Congreso y su promulgación, expresa o tácita, por el Poder Ejecutivo. Su publicación no condiciona la existencia de la ley sino su vigencia.

Si bien los actos de gobierno deben ser públicos y no secretos, por razones de suma gravedad institucional, económica, militar, social o de seguridad, tales actos pueden revestir carácter secreto en su proceso de gestación, pero a los fines de su aplicación y vigencia se impone la publicidad y cede la reserva. En otras palabras, la publicación no perfecciona a la ley pero condiciona su vigencia, por lo cual de no ser publicada resulta inaplicable respecto de los particulares, pero no necesariamente frente al Estado emisor de la norma.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que "Así como es justo y razonable que no se pueda imputar el incumplimiento de deberes legales a quienes ignoran la existencia de las normas que los imponen, las que sólo se reputan conocidas cuando se las hace públicas oficialmente, así también resulta indiscutible que el órgano productor del derecho no puede ser amparado con la falta de publicidad de la ley para desconocer su existencia anterior y eximirlo de las consecuencias que de ellas se derivan" (1).

Para la Corte Suprema, aunque una ley disponga que entrará en vigencia al día siguiente de su publicación, tal disposición se debe interpretar conforme con lo dispuesto por el art. 2º del Código Civil, que autoriza a considerarla vigente solamente a partir de su publicación oficial. Añadió que, "En efecto, si bien este tribunal ha admitido una solución contraria en los supuestos en que el mismo órgano productor del derecho pretendía prevalecerse de la falta de publicidad de la ley para desconocer su existencia y eximirse de las consecuencias que de ella se derivan, también ha señalado que es justo y razonable que no pueda imputarse el incumplimiento de deberes legales a quienes ignoran la existencia de las normas que los imponen, las que sólo se reputan conocidas cuando se hacen públicas oficialmente" (2).

#### 508. El veto del Poder Ejecutivo

La ley es un acto complejo cuya validez requiere de la participación del Congreso y del Poder Ejecutivo. Entre las facultades legislativas que la Constitución le asigna al presidente de la Nación, figura la de aprobar los proyectos de leyes elaborados por el Congreso para que éstos queden sancionados con el carácter de leyes.

La disconformidad del Poder Ejecutivo con el proyecto de ley elevado a su consideración, y una vez aprobado por el Congreso, se exterioriza a través de su observación o veto. Es el acto por el cual el Poder Ejecutivo formula las observaciones que le merece el proyecto y su negativa a la promulgación.

El veto constituye una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, insusceptible de control judicial dada su naturaleza esencialmente política. Su ejercicio se puede exteriorizar frente a cualquier proyecto legal aprobado por las cámaras del Congreso, con la salvedad prevista en el art. 40 de la Constitución respecto de la ley que convoca a una consulta popular.

El veto puede ser total o parcial. Es total cuando el proyecto es rechazado integralmente. Es parcial cuando las observaciones se limitan a ciertas partes o artículos del proyecto de ley cuya promulgación, en principio, no es viable en la parte no observada.

El art. 83 de la Constitución establece que si el proyecto de ley aprobado por las Cámaras del Congreso es objeto de veto, ya sea total o parcial, corresponde reanudar su tratamiento por las Cámaras. En tal caso, el procedimiento a seguir es el siguiente:

1) El proyecto de ley pasa a la Cámara de origen para que en ella se discutan las objeciones formuladas por el Poder Ejecutivo. Si la Cámara no insiste por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes para ratificar la versión originaria del proyecto aprobado por el Congreso, corresponde su rechazo sin que pueda ser nuevamente tratado en las sesiones de ese año. Si, por el contrario, la Cámara de origen insiste en aprobar el proyecto con esa mayoría, éste pasa a la Cámara revisora. Para la aprobación del proyecto en esta última, también será necesario obtener el voto favorable de los dos tercios de los legisladores presentes.

Caso contrario, y pese a que esa mayoría se haya obtenido en la Cámara de origen, el proyecto de ley queda rechazado.

2) La insistencia de ambas Cámaras determina la aprobación del proyecto e impone su promulgación, ya sea expresa o tácita, por el Poder Ejecutivo. De modo que, si bien el presidente de la Nación ejerce una función de control colegislativa, la colisión de su voluntad con la del Poder Legislativo es resuelta en el sentido de dar preferencia a esta última.

Esta solución se aplica tanto para el veto total como parcial. Sin embargo, y como excepción, el art. 80 de la Ley Fundamental autoriza en ciertos casos la promulgación parcial de las leyes en sus partes no observadas. Como condición se exige que la parte promulgada tenga autonomía normativa y que la promulgación parcial no altere el espíritu ni la unidad del texto sancionado por el Congreso. En tal hipótesis el contenido de la ley sancionada está integrado por aquellas partes del proyecto de ley aprobado por el Congreso que no merecieron observaciones del Poder Ejecutivo.

#### 509. El veto y la promulgación parcial de las leyes

El art. 80 dispone que los proyectos de ley rechazados parcialmente por el Poder Ejecutivo no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas podrán ser objeto de promulgación si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto aprobado por las Cámaras del Congreso. Añade que, en este caso, será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia, con la intervención de la Comisión Bicameral Permanente (art. 99, inc. 3º).

El art. 100, inc. 13, de la Constitución dispone que los decretos que promulgan parcialmente leyes deben ser refrendados por el jefe de gabinete actuando juntamente con los restantes ministros del Poder Ejecutivo. Dentro de los diez días de su sanción, tales decretos deben ser elevados a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente prevista por el art. 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental. Esta Comisión, reglamentada por la ley 26.122 del 27/7/2006, debe expedirse dentro del plazo de diez días sobre la validez o invalidez de los decretos y elevar su dictamen al plenario de cada Cámara para su tratamiento expreso.

El dictamen debe indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado por el Congreso y promulgado parcialmente. La intervención de la Comisión Bicameral Permanente no impide al Congreso ejercer sus potestades referentes a la insistencia respecto de las normas vetadas parcialmente (arts. 14 y 15).

Antes de la reforma constitucional de 1994 la Ley Fundamental preveía el veto parcial pero no la promulgación parcial. En nuestra doctrina constitucional no había uniformidad de opiniones. Algunos autores descalificaban la promulgación tácita mientras que otros, entre los cuales estábamos incluidos, consideraban que la Constitución no se oponía a la promulgación parcial siempre que la supresión de

la parte vetada no alterase la esencia y finalidad globales del proyecto de ley aprobado por el Congreso según la apreciación que, en cada caso concreto, realizara el órgano judicial.

Un criterio similar a este último fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia cuando resolvió el caso "Colella" (3) . Sostuvo que: 1) Si bien sus facultades jurisdiccionales no alcanzaban, en principio, el examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, esa doctrina no era aplicable cuando una de las partes hacía valer un derecho subjetivo contra las obligaciones impuestas por una ley que, a su juicio, no era tal debido a la invalidez atribuida al acto de la promulgación; 2) si no se promulga una ley, o si la promulgación carece de validez, no existirá una norma jurídica y nadie podrá fundar sus derechos sobre una ley inexistente; 3) en el caso concreto, el proyecto de ley aprobado por el Congreso constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no pudieron ser separadas del texto legal sin detrimento de su unidad; 4) en tales condiciones, la promulgación parcial es constitucionalmente inválida porque, al proceder el Poder Ejecutivo de la manera en que lo hizo, se arrogó atribuciones propias del Congreso Nacional.

Con anterioridad, en el caso "Giulitta" (4) , la Corte había destacado que la promulgación parcial de un proyecto de ley no permitía sostener la promulgación tácita de su parte vetada.

A partir de la reforma constitucional de 1994 quedó convalidado, no solamente el veto parcial que ya estaba previsto en la Constitución, sino también la promulgación parcial de las leyes. Así lo destacó la Corte Suprema al resolver el caso "Bustos"(5) , donde sostuvo que la promulgación parcial de la ley es válida cuando las partes vetadas pueden escindir-se del proyecto aprobado por el Congreso sin detrimento de su unidad .

Aunque se cumplan estas condiciones, la Constitución, en su art. 80, establece un límite adicional para la vigencia de las leyes promulgadas parcialmente. Establece que estarán sujetas al procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia del art. 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental.

#### 510. Nulidad de las leyes

Consideramos que el Congreso está constitucionalmente habilitado para sancionar, modificar o derogar las leyes pero no para disponer la nulidad de sus productos legislativos. Esa función, ya sea porque no se cumplieron las formas para la sanción de las leyes o porque se estima que viola preceptos constitucionales, incumbe exclusivamente al Poder Judicial.

La cuestión se planteó con motivo de la sanción de la ley 25.779 que declaró nulas las leyes de obediencia debida y punto final, 23.492 y 23.521, que habían sido derogadas por la ley 24.952. De modo que, no solamente se declaró la nulidad de una ley, sino también de una ley derogada que había agotado sus efectos.



El 22/11/2004, la Cámara Federal de San Martín, sala 1ª, declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.779 (6) . Sostuvo que "el Congreso puede sancionar, modificar y derogar leyes, pero carece de facultades para anularlas, en tanto el control de constitucionalidad posterior a la sanción de la ley es una de las funciones esenciales del Poder Judicial".

Esa doctrina no fue compartida por la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia cuando, el 14/6/2005, resolvieron el caso "Simón"(7) .

Los jueces citados declararon expresamente la constitucionalidad de la ley 25.779.

#### 511. Delegación de facultades legislativas

Hay delegación de facultades legislativas cuando el Congreso, que está investido de la potestad legisferante, encomienda el ejercicio de ese poder a otro órgano gubernamental.

En el esquema tradicional de la Constitución histórica, basado en la estricta separación y distribución de las funciones gubernamentales, resultaba inadmisibles la delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo. Al margen de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental, tal solución emana de su art. 29, aunque con referencia a una hipótesis extrema.

En varias ocasiones, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de descalificar los actos legislativos por los cuales el Congreso confirió al Poder Ejecutivo potestades atinentes a la creación de normas jurídicas que superaban, holgadamente, a la mera función reglamentaria de las leyes. Claramente destacó que existía una diferencia fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de las leyes del Congreso. Lo primero estaba vedado por la Constitución, mientras que lo segundo quedaba englobado en la potestad reglamentaria de las leyes conferida al Poder Ejecutivo por el art. 99, inc. 2º, de la Ley Fundamental (8) .

Sin embargo, en la reforma constitucional de 1994 se resolvió incorporar esta institución parlamentaria a la Ley Fundamental. Los constituyentes entendieron que, con ello, se le asignaba una mayor dinámica al proceso legislativo.

En rigor, fue aceptada una práctica institucional forjada por los gobiernos de facto que, sin perjuicio de ciertos controles internos secundarios, concentraba en un solo órgano el ejercicio de las funciones legislativas y ejecutivas del gobierno. Esta práctica, convalidada por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1947 (9) , fue receptada en muchas oportunidades por los gobiernos constitucionales. Quizá la muestra más elocuente fue la sistemática violación del art. 75, inc. 11, de la Ley Fundamental mediante la emisión de innumerables decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones y circulares del Banco Central por las cuales se modificaba el valor de la moneda nacional sin intervención alguna del Congreso.

De todas maneras, la delegación legislativa que autoriza la Constitución es una solución excepcional, sensiblemente limitada y de rigurosa interpretación restrictiva.

El principio general está contenido en los arts. 76 y 99, inc. 3º, de la Constitución. El primero establece que se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. El segundo dispone que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

La excepción, en materia de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, también resulta del art. 76 de la Constitución. Dispone que esa delegación está permitida en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio, y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca por ley. Añade que la caducidad resultante del transcurso del plazo previsto para el ejercicio de los poderes delegados no permitirá revisar o alterar las relaciones jurídicas y los derechos adquiridos durante el lapso de vigencia de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Por otra parte, el art. 100, inc. 12, establece que los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso deben ser refrendados por el jefe del gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente reglamentada por la ley 26.122.

La Corte Suprema de Justicia destacó que la Constitución determina las condiciones y límites bajo los cuales, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo está habilitado para dictar decretos legislativos, ya sean "decretos de necesidad y urgencia" o "decretos que ejercen facultades legislativas". Ellos son (10) :

- 1) Se deben limitar a materias determinadas de administración o emergencia pública.
- 2) Deben dictarse dentro del plazo fijado para su ejercicio.
- 3) Deben mantenerse dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.
- 4) Deben ser refrendados por el jefe de gabinete de ministros.
- 5) Deben ser elevados al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación.

#### 512. Límites de la delegación de facultades legislativas

La Constitución no impone una mayoría especial para tornar viable la delegación de facultades legislativas por el Congreso en el presidente de la República. Se limita a exigir, conforme a una interpretación restrictiva que preserve la esencia de la doctrina sobre la separación de las funciones del poder, lo siguiente:

- 1) Que la delegación recaiga sobre materias administrativas o de emergencia pública determinadas expresamente por la ley.

En cuanto a las primeras, deben comprender cuestiones que, constitucionalmente, sean de competencia exclusiva del Congreso. Con cierta frecuencia el legislador ha procedido a regular ámbitos de la administración que competen al Poder Ejecutivo. Tales regulaciones carecen de validez y pueden ser dejadas sin efecto por el Poder Ejecutivo aunque no medie una ley de delegación de potestades administrativas. En tales casos, lo que estará haciendo el Poder Ejecutivo es retomar la regulación de áreas de su competencia constitucional originaria que no pueden ser absorbidas por el Congreso.

En cuanto a la emergencia pública el legislador, al igual que en el caso anterior y por razones de política republicana, deberá precisar en detalle las materias y justificar la existencia de la emergencia pública. Si son materias administrativas, el Congreso deberá especificar las razones de conveniencia o necesidad que determinan la medida. Pero, si se trata de una emergencia pública, el legislador deberá también detallar los elementos que permitan verificar su existencia y, además, precisar las circunstancias de tiempo y lugar que tornen indispensable acudir a la delegación legislativa.

La determinación de la emergencia pública por el Congreso es un acto político en principio no susceptible de revisión judicial. No son los jueces, sino los legisladores, quienes están habilitados para verificar si existe, o no, la emergencia pública que avala la delegación de las potestades legislativas conforme al art. 76 de la Constitución. Por ende, la ley que disponga la emergencia y consecuente delegación solamente podría ser cuestionada judicialmente si no se ha dado cumplimiento al procedimiento establecido por la Constitución para la sanción de dichas normas, o si la delegación supera los límites fijados a ella por la norma fundamental, pero también si los fundamentos expuestos para afirmar la emergencia son manifiestamente inexistentes o erróneos.

En efecto, una cosa es invocar la emergencia pública y otra las atribuciones legislativas que se le confieren al Poder Ejecutivo, así como también la manera de hacerlas efectivas mediante la expedición de los decretos correspondientes. El primero de estos aspectos configura en principio una cuestión política. Carácter que no se extiende a los dos restantes que sí son susceptibles de quedar sujetos al control judicial.

Como la Constitución no nos ofrece bases sólidas que permitan aclarar cuáles son las materias de administración o de emergencia pública, será necesario acudir a una interpretación sistemática y finalista de su texto de la cual resulta:

1.1) La delegación no es procedente cuando se refiere a materias de naturaleza política. Así, en primer lugar, quedan excluidas aquellas atribuciones que no se concretan mediante la sanción de leyes. Ellas no están comprendidas en una delegación de facultades legislativas propiamente dicha.

1.2) Por aplicación analógica del art. 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental, consideramos que es improcedente la delegación de facultades legislativas en materia penal, tributaria, electoral o referente al régimen de los partidos políticos.

1.3) En principio, la sanción de la legislación de fondo prevista en el art. 75, inc. 12, de la Constitución, al igual que las leyes procesales, no puede ser objeto de la delegación legislativa. No conforman una materia de administración y es poco probable que puedan ser catalogadas como materias de "emergencia pública". Sin embargo, el principio no es absoluto. Es posible la existencia de normas de derecho común que obstaculicen la satisfacción de las necesidades que acarrea una emergencia pública. En tal caso, consideramos que no existirían reparos constitucionales para que, mediante la delegación, se facultara al Poder Ejecutivo a suspender transitoriamente su aplicación o a introducir ciertas modificaciones, también de carácter transitorio, cuya vigencia debería quedar agotada con el vencimiento del plazo previsto en la ley para el ejercicio de las potestades delegadas.

1.4) No es viable la delegación de facultades legislativas cuando, para su concreción normativa, la Constitución exige mayorías especiales para la conformación del quórum o para la aprobación de la ley. Ni siquiera aunque la delegación se haga efectiva mediante las mayorías especiales impuestas por la Constitución.

1.5) Es improcedente la delegación de facultades legislativas cuando la Constitución le otorga a alguna de las cámaras del Congreso el carácter de cámara de origen.

2) La delegación legislativa solamente puede ser autorizada por una ley expresa del Congreso en la cual se detalle la materia específica sobre la cual podrá recaer.

3) La delegación debe ser efectuada fijando un plazo máximo para que el Poder Ejecutivo pueda, válidamente, ejercer las potestades legislativas sobre las materias previamente determinadas. Entendemos que, si la ley está desprovista de este requisito constitucional, carecerá de validez y los actos que en su consecuencia emita el órgano ejecutivo podrán ser descalificados por el Poder Judicial. El plazo legal debe estar claramente determinado abarcando un lapso preciso. No se cumplirá con este requisito si el plazo es determinable o si queda sujeto al cumplimiento de cierto hecho que resulte imprevisible temporalmente. El plazo y su eventual prórroga por ley posterior deberán ser razonables. Importaría desnaturalizar la esencia que conforma la doctrina de la división de los poderes la fijación de plazos muy amplios, pues conduciría al absurdo de permitir una concentración cuasi permanente del poder en el órgano ejecutivo. Estaríamos en presencia de una hipótesis donde, por vía legal, se estará vulnerando el art. 30 de la Ley Fundamental y el principio de supremacía constitucional que prevé su art. 31. La excepción, que es la delegación legislativa, se transformaría en una regla ordinaria.

4) En las leyes de delegación, el Congreso debe determinar el plazo dentro del cual deberá operarse la ratificación y que, de no concretarse, determina la pérdida de vigencia de los actos dictados con motivo de la delegación. Si no se establece ese plazo, por aplicación analógica de la disposición transitoria 8º, la vigencia se proyecta durante cinco años, sin que sea viable entender que el silencio del

Congreso importa la convalidación legislativa para el futuro de los actos delegados. Esa conclusión resulta del art. 82 de la Constitución, que prohíbe la sanción tácita o ficta de los actos legislativos.

5) La validez de los actos legislativos que dicte el Poder Ejecutivo, como consecuencia de la delegación, está supeditada al refrendo del jefe de gabinete (art. 100, inc. 12). Asimismo, tales actos, y no necesariamente en cuanto a su validez, quedan sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente prevista en los arts. 99, inc. 3º, y 100, inc. 13, de la Constitución.

6) Los actos legislativos del presidente de la República están sujetos al control de una Comisión Bicameral Permanente (art. 100, inc. 12 CN), cuyo funcionamiento es similar al previsto en el art. 99, inc. 3º, de la Constitución para los decretos de necesidad y urgencia que dicte el Poder Ejecutivo. Esa Comisión, reglamentada por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, deberá analizar aquellos actos y, dentro de los diez días, elevar su informe a las Cámaras para su inmediato tratamiento en sesión plenaria. La ley que regula esa Comisión es la 26.122.

Con la reforma constitucional de 1994, fue incorporada esta institución parlamentaria a nuestro sistema constitucional presidencialista. Los constituyentes entendieron que, de esta manera, se le asignaba una mayor dinámica al proceso legislativo ante, entre otras, una grave situación de emergencia pública. Reconocieron que en ciertos casos los legisladores carecen de la idoneidad requerida para ofrecer soluciones, en tiempo oportuno, a las necesidades sociales.

Mediante la aplicación ilimitada y sobre la base de una interpretación meramente literal del art. 76 de la Constitución, se genera el riesgo de constitucionalizar una práctica institucional forjada por los gobiernos de facto que fue acogida en muchas oportunidades por los gobiernos constitucionales con la consiguiente desarticulación de la estructura gubernamental que impone la Carta Magna.

Se trata de un riesgo concreto y no potencial, tal como resulta de la experiencia recogida a partir de la reforma constitucional de 1994. En varias oportunidades se delegaron facultades legislativas en el órgano ejecutivo quien, además de ejercerlas, las incrementó mediante la emisión indiscriminada de decretos de necesidad y urgencia sin merecer reparos del Congreso. Esa patológica concentración del poder constituye la antesala de la desconstitucionalización y la conformación de un régimen autocrático que, debido a la ausencia de una cultura cívica en los legisladores, solamente puede ser revertida mediante la firme actitud del Poder Judicial en resguardo de la supremacía constitucional.

Corresponde al Poder Judicial evitar los abusos y la desnaturalización a que puede llevar la delegación legislativa. Así lo hizo la Corte Suprema de Justicia al declarar la invalidez de las normas del decreto 1204/01 que, sobre la base de la delegación efectuada por la ley 25.414, dispuso relevar a los abogados del Estado de su obligación de inscribirse en la matrícula que la ley 23.187 puso a cargo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y del pago de los importes que ella

contempla. La Corte expresó que la delegación sin bases está prohibida y que, si las bases están expuestas en un lenguaje genérico e indeterminado, "la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula denegatoria de que se trate". Añadió que, en virtud de la delegación invocada, el Poder Ejecutivo no podía imponer una excepción ni alterar la ley 23.187 porque esta última es una norma que no regula la administración o sus entes descentralizados, sino que lo hace respecto de quienes ejercen la abogacía en general (11).

### 513. Comisión Bicameral Permanente

Con motivo, fundamentalmente, de la delegación legislativa y de la facultad para emitir decretos de necesidad y urgencia con fuerza de ley, incorporadas a la Constitución Nacional con la reforma de 1994, fue creada una Comisión Bicameral Permanente.

El art. 99, inc. 3º, prevé una Comisión Bicameral Permanente, cuya composición debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara del Congreso. Añade que una ley especial, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, regulará los trámites y los alcances de la intervención del Congreso.

El art. 100, inc. 13, establece que los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º) y los decretos que promulgan parcialmente las leyes (art. 80) deben ser refrendados por el jefe de gabinete con los restantes ministros en acuerdo de gabinete. Tales decretos deben ser sometidos por el jefe de gabinete personalmente y dentro de los diez días de su sanción a la Comisión Bicameral Permanente.

El art. 100, inc. 12, de la Constitución dispone que el jefe de Gabinete debe refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, debiendo someterlos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

En los tres casos en que interviene la Comisión Bicameral Permanente —decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada y promulgación parcial de las leyes— dentro de los diez días debe elevar un informe o despacho a cada Cámara del Congreso para su inmediato tratamiento al considerarse que, conforme al art. 82 de la Constitución, la voluntad de las Cámaras debe ser expresa pues se excluye, "en todos los casos, la sanción tácita o ficta".

Doce años después de la reforma constitucional, fue sancionada la ley 26.122 prevista en el art. 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental.

La Comisión está integrada por ocho diputados y ocho senadores designados por el presidente de cada Cámara a propuesta de los bloques congresuales y respetando la proporción de las representaciones políticas (art. 3º). Duran en sus funciones

hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos (art. 4º).

Dentro de los diez días de su emisión, el jefe de gabinete debe remitir a la Comisión Bicameral Permanente el decreto de necesidad y urgencia, la norma fruto de la delegación y la ley promulgada parcialmente.

En los tres casos, la Comisión debe expedirse dentro de los diez días hábiles de haber recibido la comunicación del jefe de gabinete.

Tratándose de decretos de necesidad y urgencia o legislación delegada, la Comisión deberá pronunciarse sobre su validez o invalidez, así como también sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos por la Constitución para su dictado. Respecto de la promulgación parcial, se debe indicar si la parte promulgada tiene autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

Elevado el dictamen a las Cámaras, éstas "deben darle inmediato y expreso tratamiento" (art. 21). Pero no establece un plazo para la ratificación por el Congreso. Consideramos que, conforme al art. 82 de la Constitución, la ley debería prever un plazo para la manifestación expresa del Congreso y que su silencio no importa la convalidación de la norma. Ella quedaría derogada pues, como versa sobre una materia legislativa, no cabe interpretar de otro modo el silencio del Congreso. Sin embargo, el art. 22 de la ley 26.122 dispone que el rechazo o la aprobación de las Cámaras debe ser expreso.

No compartimos esta solución legal porque importa mantener las prácticas vigentes donde, como el Congreso no se expide en forma inmediata, la norma dictada por el Poder Ejecutivo mantiene su vigencia. Si la legislación delegada está expresamente prohibida con las excepciones resultantes del art. 76 de la Ley Fundamental y otro tanto los decretos de necesidad y urgencia con la salvedad establecida en el art. 99, inc. 3º, de la Constitución, la falta de convalidación por el Congreso debe ser entendida como un rechazo a la norma en cuestión. Está claro que la ratificación o rectificación de la norma debe ser dispuesta por ambas Cámaras. El silencio de una de ellas o la disparidad de decisiones debe acarrear la derogación del decreto emitido por el presidente.

En concordancia con los preceptos constitucionales, estimamos que si la Comisión Bicameral Permanente se expide durante el receso del órgano legislativo, se impone su convocatoria a sesiones extraordinarias para dar, precisamente, el tratamiento inmediato del dictamen de aquélla.

Asimismo, como el art. 20 de la ley establece que, vencidos los plazos sin que la Comisión Bicameral haya elevado el despacho, corresponde que "las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate", ello significa que, de hallarse en receso, procede la inmediata convocatoria a sesiones extraordinarias.

Al constitucionalizar la legislación delegada y los decretos de necesidad y urgencia, el constituyente claramente le asignó a su decisión carácter excepcional. Así resulta del art. 76 que, como regla general, prohíbe la delegación legislativa. También del art. 99, inc. 3º, de la Constitución, al exigir "circunstancias excepcionales" que tornen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes y el tratamiento inmediato por las Cámaras. A su vez, el art. 82 de la Ley Fundamental dispone que se excluye la sanción ficta o tácita. Para reforzar ese carácter excepcional, se creó la Comisión Bicameral Permanente y se fijaron plazos perentorios para su actuación a fin de permitir el tratamiento inmediato por las Cámaras. Tal estructura quedaría desprovista de sentido si aceptáramos la vigencia de normas legislativas dictadas por el Poder Ejecutivo sin hacerse efectivo el control por el Congreso en un término relativamente breve.

#### 514. Atribuciones del Congreso

Las atribuciones constitucionales del Congreso que determinan su competencia están enunciadas en el art. 75 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de las diversas referencias explícitas incorporadas al resto de su articulado.

Para aproximarnos a una sistematización de tales atribuciones, con el propósito de facilitar su análisis, ellas pueden ser agrupadas en nueve categorías:

- 1) Jurídicas.
- 2) Económicas y financieras.
- 3) De política internacional.
- 4) De seguridad nacional.
- 5) Administrativas.
- 6) De organización.
- 7) Preconstituyentes.
- 8) De investigación y.
- 9) De control.

#### 515. Atribuciones jurídicas

Si bien casi todas las atribuciones constitucionales del Congreso presentan un matiz jurídico, las que tienen carácter específico en esa materia están mencionadas por el art. 75, incs. 12, 17, 23, 30 y 32.

Su ejercicio se concreta mediante la sanción de leyes federales o locales. Las primeras son aquellas que se aplican en todo el ámbito del país. Las segundas son las que se aplican únicamente sobre aquellos espacios físicos que no están alcanzados por la autonomía provincial, como son el territorio de la capital de la Nación y los establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30 CN).

A su vez, las leyes federales se dividen en aquellas que conforman el llamado derecho común y las que constituyen el llamado derecho federal. Las primeras son emitidas por el Gobierno federal y aplicadas por las provincias, mientras que las segundas son emitidas y aplicadas por el Gobierno federal. Las que versan sobre temas de derecho común y que son aplicables en todo el territorio del país suelen recibir el nombre de leyes nacionales, al tiempo que se reserva la denominación de leyes federales a las segundas.

Ambas categorías tienen jerarquía superior a las leyes provinciales (art. 31 CN).

#### 516. Leyes federales y de derecho común

El inc. 12 del art. 75 establece que corresponde al 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; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

El sistema impuesto en la primera parte de esta norma adopta el esquema del federalismo atenuado que propició Alberdi en su proyecto de Constitución.

Los constituyentes se apartaron del régimen seguido por la Constitución de los Estados Unidos que reconoce a los Estados locales la facultad de dictar las normas de fondo del derecho común, así como también las de carácter procesal.

En nuestro sistema constitucional, las normas de carácter procesal son dictadas por las provincias con la salvedad de las atinentes a la legislación federal. Se trata de una de las potestades reservadas por las provincias conforme al art. 121 de la Constitución.

La cláusula que faculta al Congreso para dictar los códigos debe ser interpretada en el sentido de que éste no solamente puede aprobar esos cuerpos normativos, sino también leyes que versen sobre materias reguladas por ellos aunque no estén formalmente incorporadas a esos códigos. Otro tanto respecto de las normas procesales que son inescindibles de aquéllas.

Como el Congreso puede legislar en materia penal, se ha entendido que es potestad de las provincias dictar normas contravencionales. Tal conclusión ha sido aceptada pese a las dificultades, prácticamente insalvables, que se presentan para poder distinguir en abstracto los delitos penales de las contravenciones.

Un aporte sumamente interesante y valioso para superar las dificultades que plantea el problema es la tesis elaborada por Miguel Marienhoff. Este autor admite que, estructuralmente, no hay diferencias entre el delito y la contravención. Sin embargo, y con el propósito de gestar alguna guía objetiva que nos permita, en

cada caso concreto, establecer una distinción operativa, expresa que "el delito trasunta un hecho de posible realización general en toda la República; las faltas, por principio, relacionan con infracciones de tipo local, pues tienen en mira transgresiones relacionadas con el ambiente particular de cada localidad o provincia; de ahí que su castigo o represión corresponda a las provincias y no a la Nación".

La cuestión se vincula con el ejercicio del poder de policía que corresponde tanto a la Nación como a las provincias. Dentro de sus límites territoriales, es potestad de cada provincia poner en funcionamiento su poder de policía.

Otro tanto ocurre con la Nación que, sin embargo puede ejercer su poder de policía en los territorios provinciales para promover el bienestar general en el orden nacional, siempre que la atribución le haya sido concedida expresamente por la Constitución, o resulte una consecuencia inevitable de otras facultades constitucionales, o cuando verse sobre materias que la Ley Fundamental ha sometido explícitamente al entendimiento del Congreso nacional.

En su segunda parte, el art. 75, inc. 12, de la Constitución también le reserva al Congreso nacional la aprobación de las leyes que regulan la nacionalidad y naturalización, las bancarrotas, la falsificación de la moneda y de los documentos públicos del Estado y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

La ley de nacionalidad y naturalización reviste carácter federal e integra el derecho federal al tiempo que su aplicación corresponde a los tribunales federales.

En cuanto a la regulación legislativa sobre quiebras y concursos, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que se trata de una materia de derecho común.

Las normas jurídicas que penalizan la falsificación de la moneda y de los documentos públicos del Estado están previstas en el Código Penal cuyo contenido es, en principio, de derecho común. Sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema en el sentido de avalar la legislación vigente, se ha resuelto que ellas por su naturaleza forman parte del derecho federal y no del derecho común. Por ende, la aplicación de tales normas corresponde a los jueces federales.

#### 517. Igualdad y privilegios

El inc. 23 del art. 75 de la Constitución establece, en su primer párrafo, que corresponde al Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

En su segundo párrafo añade "Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Esta disposición, incorporada con motivo de la reforma constitucional de 1994, contiene una cláusula programática que se enlaza en el marco del constitucionalismo social, y que está estrechamente relacionada con los arts. 14 nuevo y 16 de la Ley Fundamental.

Para hacer efectivo el principio de igualdad reconocido por el art. 16 de la Constitución, dispone que corresponde promover una igualdad real, y no meramente nominal, de oportunidades y de trato. No basta con proclamar la igualdad ante la ley, sino que es necesario remover los obstáculos arbitrarios que, en algún caso, impiden su concreción.

Lo que la Constitución aspira es que sean creadas las condiciones promocionales para que, en un plano de igualdad, puedan acceder o tener la posibilidad de ejercitar ciertos derechos aquellas personas que se encuentran en una situación de manifiesta inferioridad o incapacidad, pero no de ineptitud. En aquella categoría la Constitución incluye, a título de ejemplo, a los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados.

A similar propósito responde el segundo párrafo de la norma, es decir, a una finalidad tutelar que propicia el establecimiento de un régimen especial de seguridad social para aquellas personas que lo necesitan debido al estado en que se encuentran. La protección, en este caso, se limita a los niños desamparados, a las personas por nacer desde el momento de su concepción, a todos los niños hasta la finalización del período de enseñanza elemental y a las madres durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Si bien la Constitución se refiere al embarazo, consideramos que el vocablo es utilizado como sinónimo de concepción, al tener en cuenta lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4º, inc. 1º) y la ley 23.849. Por otra parte, el embarazo natural se inicia con la concepción en el seno materno.

#### 518. Establecimientos de utilidad nacional

La Constitución establece que corresponde al Congreso "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines" (art. 75, inc. 30).

Los establecimientos de utilidad nacional son todos aquellos espacios físicos declarados como tales por el Congreso en cualquier lugar del territorio de la República, sin requerir autorización de las provincias en cuyos ámbitos se determinen.

Su fijación responde a razones de oportunidad y conveniencia de carácter político y, como su nombre lo indica, responden a necesidades nacionales para el cumplimiento de los objetivos del gobierno federal.

Si bien los establecimientos de utilidad nacional son dispuestos por el Congreso, las modificaciones o traslados de ellos para el cumplimiento de la finalidad determinante de sus creaciones puede ser realizada por el Poder Ejecutivo.

A título de ejemplo, son establecimientos de utilidad nacional los asentamientos de las fuerzas armadas, de la policía federal, las universidades y colegios nacionales, los parques nacionales, los aeropuertos internacionales, los puertos, las instalaciones de las entidades financieras nacionales, las dependencias de la Administración Federal de Ingresos Públicos y de la Administración Nacional de la Seguridad Social, los asientos de la Dirección General de Aduanas y de la Dirección de Migraciones, entre otros de características similares.

El espacio correspondiente al establecimiento de utilidad nacional pertenece al dominio provincial, así como también sus recursos naturales, y su ocupación puede resultar de una compra, cesión, locación, comodato o de cualquier acto jurídico idóneo a tal fin. Pero la creación del establecimiento en territorio provincial no requiere de la conformidad de sus autoridades.

La legislación aplicable en los establecimientos de utilidad pública nacional, es la legislación federal que se considera necesaria para el cumplimiento de los fines, aunque ella no excluye a la legislación común cuya aplicación está a cargo de los tribunales provinciales, a menos que interfiera en el logro del objetivo previsto al crear el establecimiento. Por tal razón, sobre esos lugares subsiste plenamente la autoridad provincial y municipal con aquella salvedad.

Los conflictos que se susciten en materia de jurisdicción y competencia deben ser resueltos por el Poder Judicial, aunque con aplicación de un criterio restrictivo respecto de las aspiraciones del Gobierno federal por tratarse de una excepción constitucional al principio consagrado por el art. 121 de la Ley Fundamental. De manera que, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la autonomía provincial y a la autonomía derivada que corresponde a los municipios (12) .

Las actividades que se desarrollan en los establecimientos de utilidad nacional están sujetas al poder fiscal de la Nación y no de las provincias (13) . Pero, las actividades que realicen los particulares en esos ámbitos, que no resulten necesarias o que no guarden una relación directa o indirecta con los fines a que responde un establecimiento de utilidad nacional, están sujetas a la competencia tributaria provincial.

#### 519. Poderes implícitos

El inc. 32 del art. 75 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina".

La enumeración de las atribuciones que le han sido conferidas al Congreso por el art. 75 de la Constitución y por las restantes cláusulas que la integran resulta incompleta. En el esquema constitucional, el Congreso es el órgano gubernamental

por antonomasia más representativo del sistema político. En él confluyen la representación popular que se manifiesta en la Cámara de Diputados y la representación de las provincias propia del federalismo que se expresa en la Cámara de Senadores. Asimismo, esa representación es constante y actual debido a la renovación periódica de las personas que asumen los cargos de diputado y senador.

Esa característica determina que corresponda acordar al Congreso ciertas atribuciones adicionales cuya previsión resulta imposible al considerar el carácter dinámico de la vida social y política. Pero no se trata de atribuciones extrañas a las enunciadas por la Constitución sino complementarias de ellas y que, por ende, le impiden al Congreso introducirse en la esfera de competencias asignadas a los restantes órganos del gobierno.

Se trata, entonces, de una cláusula residual que faculta al Congreso a ejercer todos los poderes concedidos al Gobierno nacional, con excepción de aquellos que están expresamente prohibidos. Ya sea porque fueron otorgados a otro órgano del gobierno o porque su ejercicio está vedado por la Constitución, tal como acontece con la situación que prevé el art. 29 de la Ley Fundamental.

En el texto de la Constitución, la potestad residual solamente le es reconocida al Congreso, pero no al órgano ejecutivo ni al judicial. Tal circunstancia y la interpretación restrictiva de los alcances del poder determinan que nuestra doctrina constitucional sostenga que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no podrían invocar facultades implícitas, sino sólo las que expresamente les son concedidas. Sin embargo, no es esta la doctrina que tiene aceptación jurisprudencial (14).

#### 520. Atribuciones económicas y financieras

Mediante el ejercicio de las atribuciones económicas y financieras que la Constitución asigna al Congreso, este organismo establece los lineamientos y principios generales para la obtención de recursos, que pasan a integrar el Tesoro Nacional, y la determinación de los gastos que corresponde realizar para dar cumplimiento a los deberes del Estado federal.

Esas atribuciones económicas y financieras del Congreso están, básicamente, previstas en los arts. 4º, 9º, 10, 11, 12 y 75, incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13 y 14, de la Constitución.

En el ejercicio de tales atribuciones, el Congreso suele encomendar al Poder Ejecutivo la concreción y reglamentación de las cláusulas legales con la amplitud suficiente para satisfacer las necesidades económicas y financieras. También puede crear, a tal fin, organismos autárquicos que, si bien se manifiestan en la esfera del órgano ejecutivo, no son simples organismos de la administración nacional sujetos a las directivas del presidente de la República. Tal es, a título de ejemplo, el Banco Central (art. 75, inc. 6º, CN) que está regulado legislativamente como una entidad autárquica, en virtud de lo cual sus autoridades quedan exentas de toda sujeción en materia de órdenes, indicaciones o instrucciones provenientes

del Poder Ejecutivo en la formulación y ejecución de la política monetaria y financiera. Sus facultades legales no pueden ser restringidas, condicionadas o delegadas sin autorización expresa del Congreso.

#### 521. Integración del Tesoro nacional

El art. 4º de la Ley Fundamental dispone que "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

Es una norma genérica que pone de relieve el espíritu austero que imperó en los constituyentes de 1853 respecto de los gravámenes impositivos a los particulares: derechos de importación y exportación, así como las rentas provenientes del funcionamiento del Correo. A ellas se añaden las contribuciones que establezca el Congreso, bajo la condición de que sean equitativas y proporcionales.

Los gravámenes previstos en el art. 4º de la Constitución sólo pueden ser impuestos por el Gobierno federal. Es una potestad delegada por las provincias que éstas no pueden ejercer en forma directa, indirecta ni de manera elíptica mediante la imposición de contribuciones de diversa denominación.

El principio de equidad y proporcionalidad en materia de contribuciones se determina directamente con relación a la capacidad contributiva de las personas y se complementa con el principio de igualdad impuesto por el art. 16 de la Constitución. Como regla general, nadie está exento en forma absoluta de pagar contribuciones cuando su actividad está prevista por la legislación fiscal. Pero los gravámenes deben ser razonables o equitativos, iguales para todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias y proporcionados a la capacidad económica de los contribuyentes.

#### 522. Aduana y libertad de circulación

El art. 9º de la Constitución dispone que "En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales regirán las tarifas que sancione el Congreso". Por su parte, el art. 75, inc. 1º, faculta al Congreso para "Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación".

Estas cláusulas se relacionan con los enunciados contenidos en el art. 75, inc. 10, que otorga al Congreso la potestad de crear y suprimir aduanas, y con el art. 126 que prohíbe a las provincias establecer aduanas interiores o exteriores.

Las aduanas son los lugares públicos por donde se debe hacer efectivo el ingreso o egreso de bienes, hacia o desde un país. También la palabra designa a la entidad que fiscaliza, de manera obligatoria, el tránsito de bienes con motivo de su ingreso

o egreso al territorio de un Estado y que aplica los gravámenes establecidos por ley del Congreso.

La Constitución le otorga al Congreso la facultad de establecer, trasladar o suprimir las aduanas en todo el territorio del Estado. Si bien, usualmente, están ubicadas en las zonas de frontera, también pueden ser establecidas en el interior del país.

Su función es la de fiscalizar el ingreso y egreso de bienes, ya sea por razones sanitarias, económicas o fiscales. En principio la fiscalización es obligatoria para los tres fines y condiciona la validez de las importaciones o exportaciones.

Sin embargo, el Congreso puede establecer zonas francas o de libre comercio en las cuales esté exenta de gravámenes aduaneros la circulación de bienes, o de ciertos bienes, o respecto de los que provienen o están destinados a ciertos países. Esta exención puede ser de índole económica y fiscal pero, por razones de seguridad, no podría ser de carácter sanitario.

También es facultad privativa del Congreso establecer los impuestos aduaneros y proceder a su recaudación. Son los gravámenes que, por razones económicas o fiscales, impone el Estado a la importación y exportación de bienes. Su producido corresponde a la Nación, sin que sea obligatoria la incorporación de tales ingresos al régimen de coparticipación. Es una facultad indelegable que no puede ser ejercida por el órgano ejecutivo (art. 99, inc. 3º, CN), porque se estaría violando el principio de legalidad (art. 9º CN).

Una vez que los bienes ingresan, su circulación o transporte en el interior del país no puede ser gravado por las provincias. Otro tanto puede decirse respecto de los bienes destinados a la exportación que son trasladados a lo largo del territorio de las provincias.

Sobre el particular, el art. 10 de la Constitución establece que "En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores". A su vez, el art. 11 dispone que "Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérsele s en adelante, cualquiera sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio".

Similar objetivo, aunque con referencia a la navegación, tiene el art. 12 de la Constitución. Establece que "Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio".

Estas cláusulas constitucionales, que aseguran el tránsito y la libre circulación territorial de los bienes, responden al propósito de evitar que las provincias

entorpezcan el desarrollo, promoción o ejecución de actividades comerciales mediante el establecimiento de gravámenes encubiertos de tipo aduanero.

### 523. Navegación y habilitación de puertos

El art. 75, inc. 10, de la Constitución dispone que corresponde al Congreso federal "Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas".

Esta disposición no debe ser objeto de una mera interpretación semántica a los fines de precisar su real significado y alcance. Debe ser relacionada con otras cláusulas constitucionales a través de una interpretación sistemática. En particular, con los arts. 9º, 10, 11 y 12 de la Ley Fundamental.

Asimismo, y como consecuencia de una interpretación dinámica o progresista, la cláusula constitucional se extiende a la habilitación de aeropuertos y a la reglamentación de la navegación aérea.

La habilitación de los puertos por el Congreso federal no es una potestad abstracta y absoluta. Ella debe responder a una finalidad netamente económica y ser consecuencia del ejercicio de los llamados poderes económicos cuya regulación es atribuida al Congreso por la Constitución. Sobre tal base, cabe concluir que la habilitación de puertos por el Congreso federal presupone la necesidad de asegurar el desarrollo del comercio y la navegación interprovincial o internacional y que, por ende, no se extiende a la habilitación de puertos de uso exclusivamente local que puede ser regulada por las provincias.

Si relacionamos la cláusula del inc. 10 con las contenidas en el inc. 12 del art. 75 y con el art. 26 de la Constitución, advertiremos que el sistema instaurado apunta, sustancialmente, a la regulación del comercio con el propósito de evitar que se establezcan preferencias a favor de ciertos puertos y en perjuicio de otros.

Ninguna disposición constitucional impide a las provincias ser titulares de puertos y disponer su construcción y funcionamiento, aunque la jurisdicción en materia de policía comercial y de navegación es privativa del Congreso federal.

La cláusula referente a la habilitación de puertos significa, bajo la guía de una interpretación sistemática, que requieren de la autorización del Congreso para desarrollar operaciones de carga y descarga de mercaderías o para ejercer el comercio en materia de transporte de personas. Si el puerto no está habilitado por la autoridad nacional, en él no se podrán realizar actividades comerciales interprovinciales o internacionales, pero sí puede servir a los únicos fines de la navegación.

La facultad de habilitar puertos sólo importa el permiso para desarrollar actividades de intercambio comercial, en tanto corresponde al Estado federal dictar las normas generales sobre jurisdicción y policía de la navegación. Estas normas serán aplicables a todos los puertos interprovinciales o internacionales. Pero las provincias pueden decidir, de manera autónoma, acerca de la construcción de tales puertos y regular su gestión económica e industrial.



La Ley Nacional 24.093 de Actividades Portuarias reglamenta los preceptos constitucionales sobre la materia, aunque de manera confusa y contradictoria.

Se plantea una situación particular con el Puerto de la Ciudad de Buenos Aires en orden al ejercicio del poder de policía y sus alcances. Si se llegara a aceptar que las tierras ubicadas en la zona del Puerto de Buenos Aires pertenecen al dominio público del Estado Nacional, no cabe duda de que corresponde a la Nación el ejercicio exclusivo del poder de policía sobre dicho ámbito.

Pero, aunque no se acepte esa hipótesis, la jurisdicción sobre los ríos navegables corresponde a la Nación (15). Tal postura ha sido aceptada por un relevante sector de nuestra doctrina constitucional.

La exclusión de la jurisdicción del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaría avalada por diversas disposiciones legales. Entre ellas, la ley 24.093 y la ley 20.645, que aprobó el tratado internacional denominado "Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo".

El art. 11 de la ley 24.093 establece en su primera parte: "A solicitud de las provincias y/o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en cuyos territorios se sitúen puertos de propiedad y/o administrados por el Estado Nacional y mediante el procedimiento que al respecto determine la reglamentación, el Poder Ejecutivo les transferirá, a título gratuito, el dominio y/o administración portuaria".

Esa norma fue observada por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 1029/92, en cuanto a su referencia a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La posibilidad de concretar las transferencias fue limitada a las provincias.

Si bien el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que el Puerto de Buenos Aires pertenece al dominio público de la Ciudad (art. 8º), ese dominio, de ser tal, no equivale a la jurisdicción que puede ser, total o parcialmente, federal (16).

#### 524. Poder impositivo y coparticipación

El art. 75, inc. 2º, de la Constitución dispone que corresponde al Congreso establecer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Estas últimas por leyes locales pueden crear impuestos indirectos, aunque existan contribuciones similares establecidas por el Congreso para todo el territorio de la Nación. En tales casos, la eventual doble imposición no es necesariamente inconstitucional, a menos que resulte de manera manifiesta la incompatibilidad en el ejercicio simultáneo del poder impositivo en los órdenes nacional y provincial, o que la aplicación de ambas contribuciones genere efectos confiscatorios.

En cuanto a los impuestos directos, su creación es facultad privativa de las provincias. Sin embargo, esa norma constitucional autoriza su establecimiento por ley del Congreso, siempre que sea por tiempo determinado y proporcionalmente igual en todo el territorio del país. Son dos condiciones objetivas ineludibles que condicionan la validez de tales imposiciones.

A esas condiciones, la Constitución añade otras de carácter político sujetas a la apreciación exclusiva del Congreso. El establecimiento de tales impuestos directos debe responder al propósito de preservar la defensa, seguridad común y bien general del Estado.

Cuando, cumplidas tales condiciones, el Congreso establece los impuestos directos, queda suspendido el ejercicio del poder impositivo provincial para la creación de ellos.

Esta categoría de impuestos directos, así como también los indirectos que establezca el Congreso para toda la Nación, está sujeta a coparticipación. La coparticipación importa la distribución de la recaudación que se obtenga de tales contribuciones entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como excepción, la Ley Fundamental dispone que la coparticipación no será aplicable a las contribuciones cuya recaudación, en todo o en parte, tenga una asignación específica dispuesta por el Congreso.

Al margen de esa salvedad, no todos los impuestos quedan sujetos al régimen de la coparticipación. Están excluidos los impuestos indirectos provinciales, los indirectos nacionales que no se extiendan a las provincias, los impuestos directos provinciales no alcanzados por la ley del Congreso, así como también los impuestos de importación y exportación de bienes y servicios que prevé el inc. 1º del art. 75 de la Constitución y que, en su totalidad, ingresan al Tesoro nacional.

La coparticipación se concreta a través de la sanción de una ley por el Congreso a la cual podrán, o no, adherirse las provincias. En ella se determina la distribución de la recaudación impositiva entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y se debe garantizar la remisión automática de los fondos.

La Constitución establece que el régimen de coparticipación que sancione el Congreso a través de una ley convenio no podrá ser modificado unilateralmente una vez que sea aprobado por las provincias. Asimismo, sancionada la ley convenio, las provincias que decidan adherirse al sistema deberán aprobarla en su totalidad, sin poder introducir reservas o modificaciones. Tampoco es viable la reglamentación de dicha ley.

Sin embargo, entendemos que, en cualquier momento, las provincias pueden denunciar la ley convenio porque, por vía legislativa, no es viable cercenar las potestades que se han reservado en virtud del art. 121 de la Ley Fundamental y de ese modo desnaturalizar la forma federal del Estado.

Si bien en materia impositiva, como regla general, la Cámara de origen para el tratamiento de los proyectos de leyes es la de Diputados (art. 52 CN), para las leyes convenio la Constitución le otorga ese carácter al Senado. Además, requiere que la ley sea aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras.

En principio, la modificación de la ley convenio debe ser resuelta por el Congreso mediante el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de sus Cámaras y de las legislaturas provinciales que se adhirieron a ella.

#### 525. Empréstitos y deuda pública

El régimen de los empréstitos y de la deuda pública está regulado en los arts. 4º y 75 de la Constitución.

El art. 4º establece que los fondos del Tesoro nacional se integran, entre otros recursos, con los empréstitos y operaciones de crédito que disponga el Congreso para "urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional". La referencia a la "urgencia" no significa que se trate de un medio extraordinario para la obtención de esos recursos porque, conforme a las particularidades financieras modernas, es un medio normal para el logro de aquel objetivo.

El art. 75, inc. 4º, otorga al Congreso la potestad de contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

Reforzando el carácter legislativo de esa facultad, el art. 75, inc. 7º, prescribe que corresponde al Congreso arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

La concertación de empréstitos es el medio al cual acuden los Estados para obtener recursos que les permitan financiar sus emprendimientos y necesidades. La carga que representan se traslada a las generaciones futuras aunque, en principio, también recaen sobre ellas los beneficios correspondientes.

Los empréstitos pueden generar una deuda pública interna o externa. La deuda pública interna es la que se contrae en el país y cuyo pago es exigible en el territorio nacional. La deuda externa es la que se contrae en una o varias plazas extranjeras y cuyo pago se materializa en el exterior mediante la transferencia de valores. La diferencia no reside necesariamente en la nacionalidad del acreedor, sino en el lugar establecido para la emisión y cancelación de los instrumentos que documentan la deuda.

Los empréstitos se pueden obtener directamente de entidades financieras nacionales o internacionales, de Estados extranjeros o de entidades privadas. Generalmente, los que se obtienen de Estados extranjeros y de organismos financieros internacionales contemplan la asignación de los recursos a fines determinados.

En los demás casos, los empréstitos se suelen concretar mediante la emisión de bonos, títulos de la deuda pública, letras de Tesorería o mediante otros documentos que prevén la forma y plazos de cancelación y pago de las rentas.

Para tornar eficiente el proceso de concertación del empréstito, el Estado otorga usualmente ciertos privilegios o exenciones impositivas a los tenedores de los títulos de la deuda pública, cuya razonabilidad queda librada al criterio del Congreso.

La cancelación del empréstito se realiza mediante su pago oportuno; en virtud de la conversión forzosa o facultativa que importan el canje del título de la deuda originaria por otro nuevo; o por la consolidación de la deuda que implica la conversión de un empréstito a corto plazo en otro a mediano o largo plazo.

En el ámbito local y con mayor razón en el internacional resulta fundamental que el Estado honre sus obligaciones. De ello dependerán su credibilidad y la consecuente confianza que permite obtener nuevos empréstitos bajo condiciones razonables.

La potestad para contraer empréstitos y arreglar el pago de la deuda asumida por el Estado es otorgada por la Constitución al Congreso de manera exclusiva. Sin embargo, en la práctica y por razones operativas que suelen encubrir un proceso de desconstitucionalización, el Congreso facultó al Poder Ejecutivo para desarrollar tales funciones conforme a los lineamientos e instrucciones impartidas a tal fin por vía legislativa.

#### 526. Bienes de propiedad nacional

El art. 75, inc. 5º, de la Ley Fundamental, establece que corresponde al Congreso disponer legislativamente sobre el uso y la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

La norma alude a inmuebles, ya sean tierras o edificios. Sin embargo, una interpretación sistemática y dinámica de la Constitución extiende la aplicación de aquélla a los bienes muebles y a los servicios públicos cuya prestación directa y de manera originaria se reservó el Estado federal.

Respecto de tales bienes y servicios el Congreso está habilitado para disponer su enajenación, uso o concesión bajo las diversas formas jurídicas que prevé la legislación ordinaria.

Mediante el ejercicio de esta potestad, el Congreso puede obtener recursos adicionales para el tesoro público, o dotar de mayor eficiencia a la prestación de ciertos servicios públicos mediante su privatización o concesión a los particulares.

También puede desarrollar políticas sociales en materia de colonización, o de fomento para facilitar el acceso al derecho de propiedad privada sobre una vivienda por parte de aquellos sectores sociales que están desprovistos de los medios económicos suficientes a tal fin.

Para cada acto de disposición no es necesaria una ley específica. Resulta suficiente una norma general que regule y prevea todas las formas, condiciones y modalidades bajo las cuales el Poder Ejecutivo está facultado para concretar la disposición en cada caso concreto.

#### 527. Moneda y régimen bancario

Sin perjuicio de diversas cláusulas constitucionales que contienen referencias sobre la materia, las prescripciones básicas están expuestas en los incs. 6º y 11 del art. 75 de la Constitución.

El primero destaca que corresponde al Congreso establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda y de otros bancos nacionales. El segundo establece que corresponde al Congreso hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras, y adoptar un sistema uniforme de pesas y medidas para toda la Nación.

El banco federal al cual alude la Constitución es el Banco Central de la República Argentina, cuya organización definitiva y vigente se concretó en 1934. Se trata de una entidad autárquica cuya finalidad no es la de ejercer actividades financieras y comerciales como las restantes instituciones bancarias estatales, provinciales o privadas. Su rol fundamental es el de emitir la moneda nacional conforme a los lineamientos que le imponga el Congreso, velar por el valor de esa moneda y ser el agente financiero del Estado nacional.

La creación de los restantes bancos oficiales, cuya función es esencialmente comercial y financiera, es también facultad del Congreso. Ella fue ejercida para establecer diversas instituciones bancarias, tales como el Banco de la Nación Argentina, el Banco Hipotecario y el Banco Nacional de Desarrollo. Son entidades que, al margen de sus disposiciones estatutarias, están sujetas a la regulación genérica o particular que les imponga el Congreso, aunque la administración de ellas puede ser conferida, de manera total o parcial, al Poder Ejecutivo.

La regulación de las restantes entidades financieras es realizada legislativamente por el Congreso. Pero su administración está a cargo exclusivo de los particulares que las constituyen o de las autoridades provinciales cuando se trata de bancos de provincia.

Cabe acotar que, de los bancos provinciales, el de la provincia de Buenos Aires disfruta de un régimen especial como consecuencia del Pacto de San José de Flores del 10/11/1859, que está previsto en el art. 121 de la Constitución como pacto especial. Es una entidad autárquica de la Administración Pública provincial que no está sujeta al régimen ordinario impuesto por el Congreso para las entidades financieras, ni puede ser disuelto o intervenido sin la conformidad del Gobierno de la provincia.

El funcionamiento de los bancos provinciales está previsto expresamente por la Constitución, con la salvedad de que no les está permitido emitir moneda por ser una facultad privativa del Congreso otorgada al Banco Central de la República Argentina. Sin embargo, y como excepción, lo podrán hacer si media una autorización del Congreso (art. 126 CN).

También es facultad privativa del Congreso establecer por ley un sistema uniforme de pesas y medidas para todo el país. Se trata de una de las facultades delegadas por las provincias en el Estado federal y que no puede ser ejercida por ellas.

#### 528. Ley de presupuesto

El art. 75, inc. 8º, de la Constitución establece que el Congreso fijará, anualmente, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional,

sobre la base del programa general de gobierno y del plan de inversiones públicas, aprobando o desechando la cuenta de inversión. Esa potestad debe ser ejercida conforme a las pautas establecidas en el inc. 2º de dicha norma constitucional.

El presupuesto es un instrumento aprobado por ley del Congreso en el cual se prevé, anualmente, los gastos en que incurrirá la Administración y los recursos que se deberán obtener para su cobertura. El objetivo consiste en concretar un equilibrio económico y, de ser posible, también un equilibrio financiero.

Legislativamente, es un cuerpo orgánico que debe estar desprovisto de normas que establezcan, supriman, aumenten o reduzcan gravámenes impositivos. Ellas deben ser objeto de leyes específicas.

Esa imposición resultante de la técnica legislativa se refleja en el art. 20 de la ley 24.156 que regula la estructura que deben presentar las leyes anuales de presupuesto.

Como no se trata propiamente de una ley fiscal por la cual se regula en materia impositiva, sino sobre el destino que corresponde asignar a los recursos que obtenga el Estado, ya sea por vía de leyes impositivas preexistentes o por otros procedimientos idóneos a tal fin, esto determina que la ley de presupuesto podría ser considerada originariamente por cualquiera de las cámaras que conforman el Congreso. Sin embargo, en nuestra práctica constitucional, la Cámara de Diputados siempre actuó como cámara de origen y esa solución es la que impone el art. 26 de la ley 24.156.

El art. 37 de la ley 24.156 establece que quedan reservadas al Congreso las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del adeudamiento previsto. Con la reforma introducida por el art. 1º de la ley 26.124, sancionada en agosto de 2006, se añadió al texto de ese art. 37 una norma cuestionable constitucionalmente, que determina que el jefe de gabinete puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias, incluidas las modificaciones que involucren gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines se exceptúa al jefe de gabinete de lo establecido en el art. 15 de la ley 25.917 sobre el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal. Ese art. 15 establece que el Poder Ejecutivo, durante la ejecución presupuestaria, sólo podrá aprobar mayores gastos de los órganos legislativo y judicial si está asegurado un financiamiento especialmente destinado a su atención, y que no podrá aprobar modificaciones presupuestarias que impliquen incremento en los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras.

La elevación del proyecto de ley de presupuesto al Congreso es una facultad del Poder Ejecutivo. El art. 100, inc. 6º, de la Constitución dispone que su remisión corresponde al jefe de Gabinete, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del presidente. Si el jefe de Gabinete no eleva el proyecto, podrá hacerlo directamente el titular del órgano ejecutivo.

Si el Poder Ejecutivo no envía el proyecto de presupuesto en tiempo oportuno, entendemos que lo podrá hacer cualquier legislador ante la Cámara de Diputados.

Compartimos la opinión de Bidart Campos en orden a que una ley de presupuesto no debería crear, modificar o derogar contribuciones. Pero, como se trata de una exigencia impuesta por la técnica legislativa, el proyecto no queda invalidado por contener disposiciones de esa índole. Asimismo, mediante la ley de presupuesto no se pueden efectuar delegaciones en el órgano ejecutivo para establecer o modificar cualquier tipo de contribuciones. Solamente puede ser autorizado a modificar las alícuotas impositivas dentro de los límites establecidos por la ley. Pero, esa delegación solamente puede recaer sobre el presidente y no sobre el jefe de Gabinete porque, conforme al principio de legalidad tributaria, la delegación de aquellos aspectos dispuesta por ley sólo puede ser conferida al presidente de la República.

#### 529. Subsidios a las provincias

El art. 75, inc. 9º, de la Ley Fundamental establece que corresponde al Congreso acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios, con cargo de restitución oportuna de sus importes.

Como complemento de la garantía federal, del principio de solidaridad y de la unión nacional, el Estado debe contribuir a solventar las necesidades de las provincias cuando ellas, por razones excepcionales, no lo pueden hacer por carecer de recursos propios suficientes.

Tales subsidios pueden ser destinados a cubrir los gastos ordinarios como también los extraordinarios. El imperativo constitucional responde a una situación generada por la insuficiencia de recursos provinciales, ya sea debido a una merma imprevisible de sus recursos para la cobertura de los gastos ordinarios o a la producción de hechos, también imprevisibles, para cuya cobertura la provincia carece de recursos.

Con lamentable frecuencia, estos subsidios han sido seleccionados y otorgados por razones de política electoral o para paliar los daños ocasionados por ineficientes gestiones administrativas de los gobiernos locales.

En ambos casos se vulnera la esencia constitucional de los subsidios y se genera un injustificado perjuicio, no solamente a la Nación, sino también a las provincias que contribuyen con sus recursos para conformar el Tesoro nacional, lo que pueden hacer debido a una eficaz gestión gubernamental.

La ley 23.548 de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales establece un sistema de distribución entre la Nación y las provincias de todos los impuestos nacionales existentes del cual están excluidos los derechos de importación y exportación, los impuestos que tienen una afectación específica, así como los impuestos destinados a la realización de inversiones, servicios, obras y al fomento de actividades declaradas de interés nacional de acuerdo entre la Nación y las provincias y por

tiempo determinado. Del total del monto recaudado, el 99 % se distribuye entre la Nación y las provincias conforme a los parámetros establecidos en los arts. 2º y 3º de la ley. El restante 1 % está destinado al Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias que está sujeto a la jurisdicción del Ministerio del Interior, quien podrá distribuirlo entre las provincias que presenten situaciones de emergencia y desequilibrio financieros.

Al margen de esta regulación general, existen diversas leyes impositivas que reconocen a determinadas provincias un porcentaje de los importes recaudados con ellas y leyes que específicamente gravan ciertas actividades y disponen que la recaudación corresponderá a la o las provincias que enuncia. En todos los casos se trata de subsidios que, generalmente, responden a razones políticas y no económicas.

#### 530. Regulación del comercio

El art. 75, inc. 13, de la Constitución dispone que corresponde al Congreso reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.

Con el objeto de fomentar el comercio internacional e interprovincial, como factor generador del desarrollo económico y del progreso, la Constitución otorga al Congreso la potestad de regular normativamente dicha actividad. En materia de comercio internacional, la potestad es exclusiva del Congreso (17) .

En cambio, cuando se trata del comercio interprovincial se admite cierta participación de las provincias en el ejercicio de su poder de policía, siempre que ello no traiga aparejada una restricción arbitraria al intercambio comercial o una desigualdad entre los habitantes de las provincias.

Tal participación siempre queda sujeta a la potestad del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí. Esa actividad comercial abarca el traspaso físico de los límites provinciales y también el transporte de bienes dentro de los límites provinciales.

La referencia al comercio no es restrictiva ni se limita a la enunciación de los actos de comercio que prevé el art. 8º del Código de Comercio. El concepto constitucional es mucho más amplio y abarca todo acto o convenio en el cual se produce un intercambio de bienes o prestación de servicios. Con tal significado, comprende todo intercambio, transporte de bienes o personas, la navegación, la prestación de servicios telefónicos, radiales o televisivos, las comunicaciones aéreas, terrestres o fluviales, la transmisión de energía eléctrica y, en definitiva, toda actividad que importe un traspaso de bienes o servicios.

La competencia para establecer reglas básicas regulatorias del comercio interprovincial es exclusiva. Se puede establecer a través de una norma federal o bien mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio que determinan la jurisdicción de los tribunales locales.

En cambio, las actividades intraprovinciales de índole comercial no están sujetas a la regulación del Congreso siempre que las reglas que impongan las provincias no

tengan efectos sobre las relaciones interprovinciales o generen una clara desigualdad que trabaje el intercambio interno o externo de manera directa o indirecta (18).

Así, y en materia impositiva, las provincias no pueden gravar las actividades productivas en forma tal que restrinjan el comercio interprovincial mediante su obstrucción o entorpecimiento.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que las cláusulas constitucionales no tienen por objeto invalidar todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial, a menos que ellos sean discriminatorios, importen la superposición de tributos locales o encarezcan el comercio interprovincial al extremo de dificultar o impedir la libre circulación. Tales características, en principio, no se advierten cuando se trata de un impuesto provincial a los ingresos brutos aplicable al transporte interjurisdiccional que únicamente se aplica sobre el valor de los pasajes o fletes percibidos o generados en la provincia que aplica el gravamen (19).

También destacó que la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación "que a aquéllas les está vedado ejercer, ni siquiera so pretexto de una supuesta demora en el dictado de las normas que pongan en ejercicio cláusulas programáticas de la Constitución" (20).

#### 531. Regulación del correo

En el art. 75, inc. 14, la Constitución establece que corresponde al Congreso regular y establecer los correos generales de la Nación. Esta norma guarda relación con el art. 4º de la Ley Fundamental que, entre las fuentes del Tesoro nacional, incluye la renta de correos.

En la terminología constitucional, el vocablo "correos" es sinónimo de comunicación privada, ya sea epistolar, radial, telefónica o por cualquier otro medio de tipo privado y no público.

Su regulación corresponde al Congreso, pero la explotación comercial de los medios de comunicación privada puede ser objeto de concesiones a los particulares. También pueden ser establecidos por las provincias, aunque quedarán sujetas a la regulación y jurisdicción federal. En este último caso, la actuación de las provincias es local y no puede interferir el comercio interjurisdiccional.

#### 532. Atribuciones de política internacional

La conducción de las relaciones internacionales del Estado es una potestad del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 11, Constitución Nacional), aunque sujeta al control o la aprobación del Congreso.

El Poder Ejecutivo, en su condición de órgano gubernamental competente para asumir la representación exterior del Estado (art. 99, inc. 1º, Constitución Nacional), tiene el deber constitucional de concertar todos los tratados y

convenciones internacionales que, sin apartarse del texto de la Ley Fundamental, estime convenientes para afianzar las relaciones de paz y comercio con los Estados extranjeros (art. 27 CN).

La concertación de los tratados y convenciones internacionales corresponde al Poder Ejecutivo. Pero su validez está supeditada a la aprobación del Congreso conforme al art. 75, incs. 22 y 24, de la Constitución.

El órgano legislativo puede rechazar el tratado. Pero también puede introducir modificaciones en él o aprobarlo con reservas. En los dos últimos casos, la postura adoptada por el Congreso impone al Poder Ejecutivo la necesidad de renegociar el tratado con las potencias extranjeras para obtener la conformidad de ellas con las modificaciones introducidas al documento internacional. Si no obtiene esa conformidad, el acto no revestirá la calidad de tratado.

En algunos tratados, y especialmente en las convenciones multilaterales, se reconoce a los Estados parte la facultad de formular reservas. En tales casos, el documento internacional tendrá validez para el Estado signatario con la salvedad de las cláusulas que fueron objeto de la reserva u observación.

La aprobación por el Congreso del tratado o convención internacional no trae aparejada su inmediata entrada en vigencia. Para ello se impone un nuevo acto del Poder Ejecutivo consistente en su ratificación internacional.

Las potestades de control que tiene el Poder Legislativo sobre el órgano ejecutivo en materia de política internacional no se limitan a la hipótesis de la aprobación o rechazo de los tratados.

De manera indirecta, el Congreso puede proyectar esa función al negar el acuerdo para el nombramiento de ciertos embajadores o ministros plenipotenciarios (art. 99, inc. 7º CN) o reducir las partidas presupuestarias destinadas a la cobertura de las necesidades del servicio exterior.

El nombramiento de tales embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios lo realiza el presidente con acuerdo del Senado, e igual procedimiento es exigible para su remoción (art. 99, inc. 7º, CN). Pero, durante el receso del Senado, el nombramiento en comisión de esos funcionarios y su eventual remoción pueden ser dispuestos por el titular del órgano ejecutivo (art. 99, inc. 19). Esos nombramientos concluyen al finalizar la próxima legislatura sin mediar acuerdo del Senado.

#### 533. Atribuciones de seguridad nacional

Las atribuciones del Congreso en materia de seguridad nacional están previstas en los arts. 6º, 21, 23 y 75, incs. 15, 16, 25, 26, 27, 28, 29 y 31 de la Ley Fundamental.

Los arts. 6º y 75, inc. 31, aluden a la intervención federal que puede ser dispuesta por el Congreso en las provincias y en la Ciudad de Buenos Aires para garantizar la forma republicana de gobierno, repeler invasiones extranjeras y sostener o restablecer a las autoridades locales.

El art. 21 de la Ley Fundamental impone a todos los ciudadanos argentinos el deber de asumir la defensa armada, no solamente del Estado nacional, sino también de la Constitución. El deber impuesto por esta cláusula está relacionado con el derecho de resistencia que contempla el art. 36 de la Constitución para los casos en que, mediante una acción inconstitucional, se interrumpe la vigencia de la Ley Fundamental y se resquebraja el orden institucional y el sistema democrático.

Si bien la norma alude a los ciudadanos, su aplicación es extensiva a todos aquellos que disfrutan de la nacionalidad argentina y aunque no sean titulares de derechos políticos.

El cumplimiento de este deber se concreta de conformidad con la legislación reglamentaria. Su ejecución no es viable de manera inorgánica ya que el art. 22 de la Constitución prescribe que toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a su nombre comete el delito de sedición.

Sobre la base de la legislación reglamentaria a que alude el art. 21, durante décadas estuvo vigente la obligación de prestar el servicio militar que fue dejada sin efecto por el Congreso. Sin embargo, no habría inconvenientes para que ella fuera restablecida legislativamente por razones de necesidad o conveniencia social.

Los decretos que sobre esta materia dicte el Poder Ejecutivo solamente pueden ser reglamentarios de las leyes del Congreso, a menos que medie una delegación con los alcances previstos en el art. 76 de la Ley Fundamental o que, por las circunstancias del caso, se justifique la emisión de un decreto de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, CN).

Relacionada con la seguridad nacional, se encuentra la potestad otorgada al Congreso para arreglar definitivamente los límites del territorio nacional (art. 75, inc. 15, CN). Si la definición de tales límites requiere de la concertación de un tratado internacional, será ineludible la participación del Poder Ejecutivo para su celebración y ratificación externa. En tal caso, al Congreso le corresponderá aprobar el tratado por ley.

Es facultad del Congreso autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o concertar la paz con potencias extranjeras poniendo fin a una conflagración bélica. Ambos actos revisten carácter internacional y, en ese ámbito, quien representa a la Nación es el Poder Ejecutivo. De manera que, tanto la declaración de guerra como la concertación de la paz, son decisiones que debe adoptar el Poder Ejecutivo con la previa autorización del Congreso.

Conferida la autorización del art. 75, inc. 25 de la Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo apreciar la necesidad o conveniencia de declarar la guerra o concertar la paz. Pero si la paz se materializa a través de un tratado internacional, no será suficiente aquella autorización sino la aprobación del tratado por el Congreso.

El art. 75, inc. 26, de la Ley Fundamental faculta al Congreso para ordenar represalias y establecer reglamentos destinados a regular el régimen de las presas.

Las represalias son actos de fuerza por los cuales el Estado nacional responde a actos lesivos para su seguridad exterior. Su regulación debe ser hecha por el Congreso, ya sea en forma general o particular, aunque la primera torna innecesaria la segunda.

En cuanto a las presas, que son los bienes que se incautan con motivo de una represalia, también corresponde al Congreso regular el procedimiento, las modalidades, causas y fines de la incautación, que se puede realizar al margen de un estado de guerra.

El art. 75, inc. 27, de la Constitución establece que corresponde al Congreso fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno. La fijación de las fuerzas armadas en orden a la determinación de los cuerpos que la integran, su eventual distribución y número de componentes es facultad del Congreso. Sin embargo, las normas que se refieran al reclutamiento de tropas deben ser sancionadas a iniciativa de la Cámara de Diputados (art. 52 CN).

También corresponde al Congreso legislar sobre la organización interna y el gobierno de las fuerzas armadas, normas a las cuales deberá ajustarse el Poder Ejecutivo en su carácter de comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación (art. 99, inc. 12, CN). El ejercicio de tal facultad genera los poderes militares que pueden ser permanentes o excepcionales. A su vez, los poderes permanentes pueden ser de mando u organización. Los poderes de mando corresponden, en principio, al titular del órgano ejecutivo del gobierno, mientras que los poderes de organización se distribuyen entre el Congreso y el órgano ejecutivo. En cuanto a los poderes excepcionales, corresponden originariamente al Congreso y su ejercicio, conforme a la legislación reglamentaria, incumbe al Poder Ejecutivo aunque, en algunos casos, recaen sobre este último. Tal es lo que acontece cuando provee los empleos militares en el campo de batalla (art. 99, inc. 13, CN).

El art. 75, inc. 28, dispone que corresponde al Congreso autorizar la introducción de tropas extranjeras en el territorio del país, así como también la salida de las fuerzas armadas nacionales fuera de él.

Esta norma es aplicable, tanto en tiempo de guerra como de paz, cuando se trate de contingentes armados con aptitud para participar en operaciones bélicas. No se extiende al ingreso o egreso del territorio nacional de contingentes armados con fines protocolares o de colaboración con potencias extranjeras en cuestiones que no revisten carácter bélico. Tal es, a título de ejemplo, cuando el envío de las fuerzas armadas responde al propósito de paliar las consecuencias acarreadas por un terremoto o inundaciones en diversos países. En tales casos no es necesaria una ley del Congreso.

La ley 25.880, sancionada el 31/3/2004, regula el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y la salida de fuerzas nacionales fuera de él. Fuerzas

nacionales son la Armada, el Ejército y la Fuerza Aérea, al tiempo que es aplicable la ley también a la Gendarmería Nacional y a la Prefectura Naval.

En todos los casos, la decisión que sobre el particular adopte el Poder Ejecutivo deberá estar precedida por una ley del Congreso que autorice aquellas medidas.

El Poder Ejecutivo no podrá autorizar la introducción de tropas extranjeras y la salida de fuerzas nacionales durante el receso del Congreso. Para ejecutar la medida deberá convocar a las Cámaras del Congreso a sesiones extraordinarias y requerir la autorización.

La ley 25.880 dispone que el Poder Ejecutivo no necesitará la autorización previa del Congreso cuando el ingreso de tropas extranjeras o el egreso de fuerzas nacionales se produzca por razones de ceremonial; en situaciones de emergencia provocadas por catástrofes naturales; en operaciones de búsqueda y rescate para salvaguardar la vida humana; en los casos de viajes o actividades de instrucción, adiestramiento o entrenamiento de los institutos de educación militar y equivalentes de las fuerzas de seguridad; y en los casos de salida de fuerzas nacionales cuando la actividad no responda a fines operativos. En estos casos el Poder Ejecutivo deberá informar al Congreso sobre la decisión adoptada.

#### 534. Derechos de los pueblos indígenas

Las atribuciones de índole administrativa del Congreso están básicamente contempladas en el art. 75, incs. 17, 18 y 19, de la Constitución.

El primero de ellos dispone que el Congreso debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer la personería jurídica de las comunidades indígenas y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, así como regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, las cuales no serán enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos. También debe asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

La Ley Fundamental establece que el ejercicio de estas atribuciones es concurrente por parte de la Nación y las provincias. Solución razonable que se impone si consideramos que el grueso de las tierras a que alude la Constitución es de propiedad provincial o está situado en sus territorios.

Cuando se trata de tierras fiscales, su adjudicación no presenta mayores inconvenientes por parte de las provincias. Si son tierras de propiedad privada, su adjudicación, para cumplir el objetivo constitucional, debe estar precedida por su expropiación. Igual solución es aplicable si se trata de tierras de propiedad provincial y la disposición de ellas es resuelta por el Congreso nacional, a menos que medie una cesión gratuita por parte de las provincias.

Si el otorgamiento del dominio sobre las tierras no se realiza en forma comunitaria, entendemos que no rige la prohibición referente a la enajenabilidad, transmisión y constitución de gravámenes o embargos.

Esta cláusula constitucional fue incorporada con motivo de la reforma realizada en 1994. A esa fecha estaba en vigencia la ley 23.302, cuyos contenidos fueron receptados por los constituyentes. Sus normas son válidamente aplicables como reglamentarias del texto constitucional, con las reformas introducidas por la ley 25.799.

#### 535. Cláusula del progreso

El art. 75, inc. 18, contiene la cláusula de prosperidad o progreso. Es, indudablemente, una norma fundamental que determina cuál debe ser el plan del gobierno para el logro de los grandes objetivos detallados en el Preámbulo de la Constitución.

Dispone que corresponde al Congreso proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración.

Propicia tanto el desarrollo económico como medio para colmar las crecientes necesidades materiales de la sociedad, así como también el desarrollo cultural o espiritual de esa sociedad a través de su ilustración. Ilustración o educación para cuyo logro el Congreso debe formular planes de instrucción general y universitaria.

El fomento de la educación fue una de las prioridades establecidas por los primeros gobiernos constitucionales y hasta mediados del siglo XX. La creación de escuelas y universidades, la contratación de distinguidos pedagogos europeos y norteamericanos, forjaron paulatinamente una educación acorde con la intensa evolución y desarrollo experimentados en materia técnica y científica.

El país alcanzó un auténtico liderazgo en el ámbito cultural y entre las naciones latinoamericanas que, en su momento, fue objeto de un reconocido respeto por parte de los centros educacionales más importantes del mundo. Liderazgo que fue forjado por varias generaciones en las cuales descolló el talento intelectual, la creatividad, la tenacidad y el sacrificio personal que, en el curso de los últimos cincuenta años, se vio considerablemente afectado con motivo de la implementación de políticas ambiguas en materia de educación.

Fomentando la educación se permite el acceso al conocimiento, y con él, al desarrollo y progreso, tanto material como espiritual de una sociedad. Sin educación, el pueblo permanece envuelto por la ignorancia, que es el germen de todo sistema autoritario.

En cuanto al desarrollo económico, los constituyentes recomendaron promover la industria, virtualmente inexistente al tiempo de ser sancionada la Constitución. También la construcción de canales navegables y de ferrocarriles para incrementar la comunicación interna y externa, así como la comercialización de los productos y frutos del país; La colonización de las amplias extensiones de tierras de propiedad nacional para tornarlas productivas y la inversión de capitales extranjeros, como

uno de los factores fundamentales del proceso productivo que, al mismo tiempo, posibilitaba la integración del país en el seno de las naciones más desarrolladas. Asimismo, dispone que se fomente la inmigración en general, y en particular, la de origen europeo (art. 25 Constitución Nacional) bajo la condición de que esté destinada a concretar la productividad de las tierras, perfeccionar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

La aplicación de esta cláusula, en un sólido marco de seguridad jurídica, generó una importante corriente inmigratoria de los más diversos orígenes, la implementación de importantes centros industriales y fuentes de trabajo, de redes ferroviarias, de caminos, la instalación del telégrafo, el gas, la electricidad, el teléfono. Surgieron numerosas entidades bancarias que financiaron ese desarrollo económico, la exportación de bienes y, en definitiva, una sensible mejora en las condiciones de vida de la población.

En la cláusula del progreso se le asigna un rol fundamental a la actividad privada. Esa actividad privada, impulsada por el Estado, fue la gestora de la prosperidad operada en el país hasta la década del treinta del siglo XX. En el curso de tal proceso, la participación del Estado en materia económica fue subsidiaria, con el propósito de encauzar su desenvolvimiento en función del bien común, e inclusive de propiciar su fomento mediante leyes protectoras, concesiones temporales y recompensas de estímulo.

Pero, también es cierto que, posteriormente, se operó un sensible deterioro en dicho proceso con motivo de la creciente intervención del Estado en áreas económicas extrañas a su razón de ser constitucional. La estatización de ciertas industrias y actividades comerciales, de ciertos servicios y explotaciones económicas y la estricta regulación de la actividad productiva en manos privadas condujeron a un paulatino estancamiento de la economía nacional, a la conformación de una costosa e ineficiente burocracia y a un sugestivo incremento de actos de corrupción en la función pública.

El primer párrafo del art. 75, inc. 19, de la Constitución, complementa lo establecido en la cláusula del progreso. Dispone que el Congreso debe proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad económica, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Con esta norma, se precisan las áreas donde corresponde incrementar la actuación estatal sin que ello conduzca a restringir arbitrariamente la actividad que despliegan lícitamente los particulares.

La legislación que sobre esta materia emita el Congreso debe propender a una necesaria armonización con el resto del articulado de la Constitución. La productividad de la economía y la generación de empleo son conceptos inseparables de la cuestión social, cuya concreción depende de la eficiencia y capacidad de los protagonistas.

Su realización está condicionada a la creatividad de las fuerzas y factores de producción en un sistema económico libre que, como tal, apunta a salvaguardar la libertad y dignidad de la persona humana, no solamente en el ámbito económico, sino también en el político y en el social concebido como un estilo de vida basado en la responsabilidad, el respeto y la tolerancia.

Si la libertad económica no está acompañada por la libertad política y de expresión del pensamiento, estaremos en la antesala del autoritarismo. Pero, la presencia de estas dos últimas libertades sin la plena vigencia de la libertad social conduce a igual resultado.

Otro tanto cabe decir con respecto a la formación profesional de los trabajadores, que resulta indispensable a la luz de los avances tecnológicos experimentados. También de la defensa del valor de la moneda como contrapartida de la inflación que lesiona la propiedad privada, el ahorro, el progreso económico de un pueblo y, además, fomenta la especulación.

También resulta complementaria de la cláusula del progreso la conveniencia de promover un desarrollo próspero en el ámbito provincial para fomentar el crecimiento de aquellas económicamente relegadas. No para otorgarles una suerte de privilegio permanente, sino con el objeto de insertar en ellas los factores de producción que les permitan colmar sus legítimas aspiraciones de bienestar.

El segundo párrafo del art. 75, inc. 19, establece que el Congreso debe proveer el crecimiento armónico de la Nación y el poblamiento de su territorio y promover políticas diferenciales que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones de modo de hacer efectivo un principio de solidaridad nacional. Para este tipo de iniciativas, estrechamente relacionadas con la esencia federal de nuestra forma de Estado (art. 1º Constitución Nacional), es razonable que la Constitución exija que los proyectos de ley tengan como Cámara de origen al Senado.

#### 536. Educación

El tercer párrafo del art. 75, inc. 19, dispone que el Congreso sancionará leyes de organización y de base de la educación para que consoliden la unidad nacional con respeto de las particularidades provinciales y locales. En tal área, se deberá asegurar 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. Esa legislación debe garantizar los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

El principio de gratuidad, unido al de equidad, en materia de educación pública, en modo alguno significa que la enseñanza deba ser gratuita cuando emane del Estado, sino que ese principio debe ser moderado en función de la equidad. Es razonable que los establecimientos educacionales del Estado puedan establecer contribuciones y tasas por los servicios que prestan, siempre que ellos estén prioritariamente destinados a becas, préstamos, subsidios, créditos y otras



modalidades que faciliten el acceso a la instrucción y, en particular, a la universitaria.

Si bien la cláusula constitucional establece que es facultad del Congreso sancionar leyes que garanticen los principios de gratuidad y equidad en la educación pública estatal, tal exigencia debe ser aplicada en función del principio de igualdad establecido por el art. 16 de la Ley Fundamental que responde a una máxima de todo sistema republicano. La igualdad debe imperar para todos aquellos que están en iguales o similares situaciones económicas, lo cual permite distinguir o establecer categorías de personas que en modo alguno pueden ser calificadas de discriminatorias.

En el art. 75, inc. 19, la Constitución impone la equidad, y no es equitativo que la sociedad deba solventar los costos estudiantiles de aquellos que poseen recursos suficientes a tal fin o que se transforman en parásitos de la estructura universitaria, privando, a su vez, del acceso a una adecuada educación a aquellos jóvenes que carecen de los más mínimos recursos que les permitan, con dignidad y esfuerzo, progresar en el curso de sus vidas mediante el estudio.

Miles de jóvenes ven frustradas sus posibilidades de cursar, particularmente carreras universitarias, no porque estén desprovistos de talento, sino porque ellos o sus padres carecen de recursos económicos para solventar sus estudios. Esto no es justo, o si se quiere, no es equitativo como exige la Constitución.

Estas consideraciones se adecuan a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación" (21), donde entendió que el Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba violaba el art. 75, inc. 19, de la Constitución y el art. 59, inc. c), de la ley reglamentaria 24.521, por imponer la gratuidad absoluta de la enseñanza, al tiempo que se omitió considerar el principio de equidad. Expresó que la Ley Fundamental exige que las normas de educación garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal, que deben funcionar en absoluta armonía.

La relación armónica entre la gratuidad y la equidad no se afecta cuando, por aplicación del principio de equidad y para lograr la igualdad real de oportunidades, se resuelve acudir a contribuciones o cánones con el fin de instrumentar un sistema de educación superior que permita a los sectores sociales más postergados económicamente a tener acceso a las carreras de pregrado y grado (22).

### 537. Autonomía universitaria

La Constitución dispone que se debe respetar la autonomía y la autarquía universitaria. La referencia a la autonomía universitaria fue incorporada con la reforma constitucional de 1994.

Hasta ese momento, la Corte Suprema de Justicia (23) había sostenido que las universidades nacionales sólo tienen autarquía administrativa, económica y financiera para adoptar y ejecutar por sí mismas las decisiones relacionadas con el cumplimiento de sus fines.

Consideramos que la referencia a la autonomía universitaria, que contiene la norma constitucional, no alude a una potestad originaria como la que tienen las provincias, ni a una potestad derivada como la atribuida a la ciudad de Buenos Aires, por el art. 129 de la Ley Fundamental.

El vocablo, en este caso concreto, responde a un sentimiento o sentido político en orden a que, cada universidad, puede dictar su propio estatuto, sus instituciones, sus autoridades, el régimen de elección de ellas, la manera de integrar el claustro de profesores, las sanciones disciplinarias aplicables a los estudiantes y profesores y administrar los recursos propios o los que se le asignan en su carácter de entidad autárquica. Pero siempre dentro del marco de la ley del Congreso que establezca los alcances y límites de su actuación independiente, que no puede ser alterada por las normas universitarias (24).

Esa autonomía académica significa que el funcionamiento en particular de cada universidad no está sujeto a decisiones particulares del Congreso o del Poder Ejecutivo, pero que existe un marco normativo genérico establecido por la ley universitaria al cual se encuentran sometidas todas las universidades. Marco normativo que puede ser modificado por el Congreso en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 75, inc. 19, de la Constitución.

Tal fue el criterio adoptado por la Corte Suprema al resolver el caso "Ministerio de Cultura y Educación v. Universidad Nacional de Luján" (25). La síntesis de los argumentos que expuso es la siguiente:

- 1) La autonomía universitaria significa libertad académica y de cátedra, la facultad de redactar sus estatutos y la designación de su claustro docente y autoridades.
- 2) La autarquía es complementaria de la autonomía universitaria. Es la aptitud legal que se les confiere a las universidades para administrar su patrimonio, al disponer de los recursos que se les asignan mediante los subsidios previstos en la ley de presupuesto, y la plena capacidad para obtener, administrar y disponer sobre los recursos propios que se generen como consecuencia del ejercicio de sus funciones.
- 3) La autonomía universitaria no tiene un sentido institucional equiparable al de las provincias. La autonomía provincial responde a una expresión pura del concepto de autonomía, cuyos poderes propios y originarios son anteriores a la Constitución y a la formación del Estado que integran.
- 4) El objetivo de la autonomía fue desvincular a las universidades de su dependencia del Poder Ejecutivo, pero no de la potestad regulatoria del Congreso.
- 5) El marco de la autonomía universitaria está determinado por la legislación del Congreso.
- 6) Los recursos que el Estado destina a las universidades mediante la ley de presupuesto pueden ser alterados por el Congreso, para disponer tanto su incremento como su reducción.

Por otra parte, los actos de las universidades siempre son susceptibles de revisión judicial en la medida que afecten legítimos derechos subjetivos (26).

La autonomía universitaria es tipificada por ley del Congreso y su contenido no puede superar los límites fijados por ella. A esa limitación se añade otra que emana de una interpretación teleológica y sistemática de la Ley Fundamental: los actos universitarios, aunque se adecuen a la ley respectiva, no pueden vulnerar los derechos y garantías constitucionales ni los principios básicos de la estructura gubernamental.

La validez constitucional de los límites de edad para el ejercicio ordinario de la docencia universitaria, establecidos en los respectivos estatutos o en las leyes, fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia. En varias oportunidades destacó que la fijación de límites temporales para el nacimiento o la extinción de los derechos es un recurso legítimo que no vulnera la igualdad constitucional (27).

#### 538. Protección de la cultura y el pluralismo

El párrafo final del art. 75, inc. 19, establece que el Congreso sancionará leyes destinadas a proteger la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

Esta cláusula, incorporada por la reforma constitucional de 1994, debe ser interpretada conforme a un enfoque teleológico y sistemático de la Ley Fundamental, y no de manera aislada y literal. Preservar y fomentar los valores culturales de la comunidad nacional constituye una tarea sumamente delicada que impone al gobernante una cuota importante de inteligencia para no confundir su visión subjetiva sobre aquellos con los que impone la idea social dominante. El dinamismo social acarrea ciertas alteraciones en los contenidos de los valores culturales que deben ser respetados por imposición del pluralismo cultural.

En tal sentido, no resulta viable prohibir o restringir ciertas manifestaciones culturales espontáneas bajo el pretexto de que no se compadecen con los valores espirituales que imperaron en el pasado. Se podrá, conforme a un criterio conservador, fomentar la subsistencia de tales valores culturales, pero no a costa de imponer trabas para la expresión de los valores que emanan de las nuevas generaciones. En síntesis, la identidad se debe desenvolver libremente con la pluralidad cultural.

La libre creación y circulación de las obras del espíritu humano no puede ser objeto de limitaciones que impidan el acceso de la sociedad a ellas. Así, Quiroga Lavié considera que son inconstitucionales los impuestos a la importación o exportación de obras de arte cuando son dispuestas por sus autores. Entendemos que esa calificación sería extensible a las decisiones que adopten sobre el particular quienes no son autores de tales obras.

#### 539. Atribuciones de organización

Las atribuciones del Congreso en materia de organización están contenidas en los arts. 75, incs. 20 y 21, 85, 86 y 114 de la Constitución.

El art. 75, inc. 20, le otorga al Congreso en el ámbito nacional la potestad de crear tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia. La organización del Poder Judicial corresponde al Congreso que, por vía legislativa, está habilitado para fijar la estructura del Poder Judicial; su ley orgánica; las áreas de competencia; los requisitos para ser designado magistrado judicial de los tribunales inferiores, integrante del Ministerio Público, funcionario judicial; y la asignación de recursos para posibilitar su funcionamiento. Consideramos que la facultad de crear tribunales inferiores de justicia está acompañada con la potestad de modificar, alterar o suprimir a los ya existentes.

Similar potestad debe ser ejercida por las provincias para dar cumplimiento al art. 5º de la Constitución.

El Congreso está facultado para regular el régimen de la Administración Pública, crear y suprimir empleos y, mediante una norma general, determinar sus funciones.

Las pensiones, que también se otorgan por ley, tienen por objeto reconocer los servicios prestados a la Nación por sus beneficiarios cuando no disponen de recursos suficientes para subsistir dignamente. A similar propósito responde el otorgamiento de honores.

#### 540. Amnistías generales

En su parte final, el art. 75, inc. 20, de la Constitución atribuye al Congreso la facultad de dictar amnistías generales.

Se trata de una hipótesis de control interórgano que el Congreso ejerce sobre el órgano judicial.

La amnistía es el acto por el cual el Congreso, en virtud de actuar de manera discrecional, decide extinguir ciertas acciones penales, así como las penas que se hubieran impuesto a los autores de los hechos delictivos que generan la sustanciación de esas acciones. La amnistía extingue la acción penal y hace cesar la condena y sus efectos, mientras que deja a salvo las indemnizaciones civiles que puedan corresponder a terceros.

Ese carácter discrecional no es óbice para que el presidente disponga el veto de una ley de amnistía, sin perjuicio de la potestad del Congreso para insistir en la emisión de la norma (art. 83 CN).

La amnistía debe ser general y no particular. No se concede en beneficio de determinadas personas, sino en forma general para todos aquellos que hayan participado en la comisión de ciertos delitos o contravenciones.

Abarca únicamente los hechos delictivos o contravencionales que determine la ley de amnistía y no los actos ilícitos civiles, sean o no delitos.

La sanción de la ley de amnistía es una facultad propia del Congreso nacional y no de las legislaturas provinciales. Estas últimas solamente podrían ejercer dicha potestad respecto de las contravenciones locales y siempre que estuvieran autorizadas por sus respectivas constituciones.

Como la amnistía no responde a un interés personal sino público o institucional, sus efectos se producen sin que se requiera la conformidad del beneficiado e, inclusive, contra su voluntad. Toda ley de amnistía es una norma de orden público.

La ley de amnistía no es susceptible de revisión judicial, a menos que no cumpla con el recaudo de la generalidad y configure un indulto encubierto. La determinación de las razones que impulsan al Congreso a sancionar la ley es de carácter político y discrecional.

También, dada su naturaleza política, consideramos que el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo la potestad de dictar amnistías generales. Tampoco es viable que las amnistías sean dispuestas por el Poder Ejecutivo mediante la emisión de decretos de necesidad y urgencia. El art. 99, inc. 3º, de la Constitución prohíbe la emisión de tales actos cuando recaen sobre una materia penal y, precisamente, una ley de amnistía presenta nítidos caracteres de naturaleza penal.

El art. 36 de la Constitución dispone que quienes interrumpen, como autores, partícipes o colaboradores, la vigencia de la Ley Fundamental y así vulneren el orden institucional y el sistema democrático son pasibles de la sanción prevista en su art. 29 y quedan excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas que puede conceder el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 5º Constitución Nacional). Asimismo, las acciones penales que puedan traer aparejados tales hechos son imprescriptibles. Sin embargo, como el art. 36 no incluye expresamente la amnistía, y al considerar que las normas penales, estén o no contenidas en la Constitución, siempre deben ser interpretadas en beneficio de los imputados, cabe sostener que, tanto en la hipótesis del art. 29 como en la del art. 36, sería posible que el Congreso sancionara una ley que impusiera la amnistía.

En el curso de nuestro proceso constitucional, las leyes de amnistía fueron sancionadas con motivo de hechos políticos tipificados penalmente por la legislación, con inclusión de los delitos comunes relacionados con aquéllos. El propósito perseguido con tales leyes, que coincide con la finalidad constitucional de la amnistía, fue el de restablecer la unión entre los sectores de la sociedad que estuvieron enfrentados por razones políticas. Al margen de ello, también fueron dispuestas amnistías para los ciudadanos que no dieron cumplimiento a su obligación de votar en los comicios sin haber justificado su conducta.

#### 541. Renuncia del presidente o vicepresidente

El art. 75, inc. 21 de la Constitución establece que corresponde al Congreso aceptar o rechazar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente y, en su caso, proceder a una nueva elección.

Es facultad privativa del Congreso decidir si se acepta o no la renuncia presentada a sus cargos por el presidente o vicepresidente. En nuestra práctica institucional, se ha ejercido en virtud de reunir a las Cámaras del Congreso en Asamblea por aplicación extensiva de los arts. 88 y 93 de la Ley Fundamental. Consideramos que no habría reparos constitucionales si las Cámaras decidieran actuar por separado, particularmente si la renuncia a tratar es la del vicepresidente.

Si se acepta la renuncia del presidente, a falta de vicepresidente, corresponde aplicar la Ley de Acefalía y, simultáneamente, convocar a una elección presidencial para la cobertura de un período completo y no solamente hasta el vencimiento del mandato otorgado al funcionario cuya dimisión fue aceptada. Igual convocatoria se debe realizar para la cobertura del cargo de vicepresidente aunque, en este caso, su mandato concluirá al momento en que debió finalizar el de su predecesor.

#### 542. Función preconstituyente

El art. 30 de la Constitución establece que corresponde al Congreso declarar la necesidad de la reforma de la Constitución. Es una facultad privativa e indelegable del Congreso apreciar si existen razones sociales, políticas o económicas para propiciar la reforma de la Ley Fundamental.

Las Cámaras, actuando en forma separada y por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, pueden declarar la necesidad de la reforma constitucional. En tal caso, deberán indicar cuáles son los artículos o las materias específicas cuya reforma se propicia. Si no se obtiene esa mayoría, es absolutamente inviable ejercer la función preconstituyente.

Las Cámaras, además de declarar la necesidad de la reforma, pueden sugerir cuál debería ser el contenido de ella. Pero esa decisión no es vinculante para la convención reformadora porque el Congreso no está habilitado para desempeñar la función constituyente.

La convocatoria de una convención reformadora es indispensable, sin que el Congreso se pueda autoconvocar con tal carácter ni determinar a las personas que formarán parte de la convención. La autoconvocatoria es inviable, porque los miembros de las Cámaras del Congreso fueron elegidos para ejercer las funciones ordinarias que les otorga la Constitución, y no una función extraordinaria como la atribuida a una convención reformadora.

#### 543. Comisiones investigadoras

La facultad de investigación, que se atribuye al Congreso y a cada una de las Cámaras que lo componen, constituye una potestad esencial e indispensable para que el órgano legisferante pueda dar cumplimiento a la misión que le asigna la Constitución en el marco de la estructura del poder.

Su fundamento constitucional puede ser expuesto de dos maneras. Se trata de una potestad que, en forma implícita, resulta de las funciones atribuidas al Congreso y que se pueden concentrar en:

A) La de legislar.

B) La de controlar a los restantes poderes del gobierno, por medio del examen de su actuación gubernamental y administrativa, con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad a través, particularmente, del juicio político.

No se trata, entonces, de una potestad resultante del art. 75, inc. 32 de la Constitución ya que, entre los poderes antecedentes que menciona esa norma, no figura el de investigar.

Sin embargo, el criterio dominante en la doctrina constitucional encuadra la potestad para investigar en el art. 75, inc. 32, de la Constitución, con el carácter de medio o instrumento conveniente para poner en ejercicio los poderes antecedentes, o sea los enumerados en los incisos precedentes del referido artículo constitucional. Consecuencia de ello es que el Congreso no puede efectuar investigaciones sobre cualquier asunto, sino exclusivamente en respuesta a propósitos legislativos que, como tales, deben estar vinculados con las funciones específicas que delimita la Constitución.

Asimismo, y tal como acontece con otros temas constitucionales, su ejercicio por el Congreso no estuvo precedido por una formulación doctrinaria en el orden nacional. El precedente utilizado a tal efecto fueron las prácticas norteamericanas cuyo sustento no encuentra un hecho desencadenante similar en el proceso constitucional argentino.

En los Estados Unidos, sobre la base de la diferencia que existe entre un sistema parlamentario y un sistema presidencialista, se dejó abierta la puerta a la revisión judicial mediante aplicación de la doctrina del control de constitucionalidad que, en este último sistema, compete al Poder Judicial respecto de los actos emanados de los restantes poderes del gobierno. De tal modo, en ese país, fueron muchas las oportunidades en que los tribunales judiciales y la Suprema Corte ejercieron su poder de control y así pusieron límites a la potestad de investigación del Congreso.

Esa actitud del Poder Judicial norteamericano adquirió matices definitivos a partir de la actuación que tuvieron el comité de la comisión de la Cámara de Representantes sobre actividades antinorteamericanas y el senador Mc Carthy, respecto de lo cual se determinó que el Congreso debía abstenerse de usar su poder coercitivo en el curso de las investigaciones cuando, a través de su ejercicio se pudieran vulnerar derechos y garantías constitucionales. Tanto en el procedimiento del desacato, como con motivo de la ejecución de ciertos actos de investigación, el Congreso requiere la participación de los tribunales judiciales o del Departamento de Justicia, o bien, concede a la persona la inmunidad de autoincriminación que le brinda una protección absoluta frente a cualquier acusación judicial que se le pudiera formular con motivo de sus declaraciones. Se reconoce a las personas el derecho a guardar silencio ante el interrogatorio de las comisiones investigadoras, hasta tanto se les ofrezca la inmunidad.

El control de legalidad y constitucionalidad que compete al Poder Judicial impide la existencia de una autoridad cuyos actos estén totalmente exentos de un control

orgánico. La finalidad humanista de la Constitución, la doctrina de la división de poderes y su complemento reflejado en la teoría del control se oponen a la concepción de la seguridad nacional o del estado de necesidad como situaciones límites que justifiquen apartarse de los preceptos constitucionales de manera de generar actos gubernamentales exentos de control que conducen a la omnipotencia del poder que les dio origen.

#### 544. Límites del poder de investigación

La interpretación armónica y teleológica de la Constitución Nacional permite visualizar los límites concretos que tiene la potestad investigadora del Congreso y de sus comisiones aunque, en cada caso, su determinación resultará del análisis fáctico que realice el Poder Judicial.

Entre esos límites, corresponde destacar los siguientes:

1) El poder de investigación, como facultad implícita, no constituye un fin sino un medio. Su ejercicio importa una herramienta auxiliar para el cumplimiento de los fines legislativos a que responde la estructuración constitucional del Congreso. La facultad es amplia, en el sentido de que comprende todas aquellas medidas conducentes con la realización del fin legislativo en cuestión en cada caso, pero no puede apartarse de esa finalidad ni ser el medio elíptico para que el Congreso se introduzca en el campo de acción reservado a los restantes poderes del Gobierno.

2) El poder de investigación corresponde al Congreso y puede ser ejercido por cualquiera de sus Cámaras. Pero la potestad que tienen las comisiones investigadoras no es propia sino delegada. La fuente de autoridad para la comisión investigadora es la resolución de la Cámara que las habilita para actuar, con determinación de sus fines y facultades.

3) Como las autorizaciones para investigar, acordadas a las comisiones, no pueden ser absolutas, en ellas los términos del mandato deben ser precisos y concretos. Deben estar desprovistos de una amplitud excesiva que pueda conducir a generalizaciones ambiguas, y a la indeterminación del propósito legislativo perseguido.

4) Toda autoridad gubernamental debe ser ejercida conforme a las limitaciones constitucionales y el poder de investigación del Congreso no puede ser más extenso que su fuente normativa. Aunque la ley autorice al Congreso a investigar y determine las medidas que puede adoptar en el curso de la investigación, tal norma no podrá ser absoluta.

5) Otra limitación es la que resulta del art. 32 de la Constitución, que prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Como el poder de investigación constituye un medio que facilita y torna eficiente el ejercicio de las funciones legislativas del Congreso, su aplicación no puede abarcar materias sobre las cuales no se puede extender la potestad legislativa.

6) El poder de investigación y las medidas concretas que lo componen no se pueden hacer efectivos si no fueron debidamente ordenados por la comisión investigadora.

7) En aquellos casos en que el ejercicio del poder de investigación se traduzca en medidas que afectan los derechos y garantías del hombre, la potestad del Congreso está limitada por el art. 18 de la Constitución. Así, entendemos que el Congreso no puede aplicar penas. Tampoco se puede obligar a un testigo a incriminarse a través de una declaración contra sí mismo, ni disponer allanamientos o secuestros de documentación privada sin la previa autorización judicial. En todos estos casos, se estaría transfiriendo al Poder Legislativo la facultad de realizar actos que competen al Poder Judicial, en su carácter de tutor final de los derechos y garantías constitucionales.

Las limitaciones descriptas son consecuencia de la inexistencia, en el sistema constitucional argentino, de poderes absolutos e ilimitados. En un sistema democrático constitucional, la libertad y el orden jurídico se desenvuelven en forma paralela a través de la plena vigencia de los derechos y a resguardo de la concentración incontrolada del poder.

En numerosas oportunidades las Cámaras del Congreso ejercieron su potestad de investigación, con la creación de las comisiones pertinentes.

#### 545. Atribuciones de control

En diversas cláusulas de la Constitución, ya sea en forma expresa o implícita, se le otorga al Congreso una función de control horizontal interórganos sobre el funcionamiento de los restantes componentes del gobierno federal.

Al margen de tales controles ejercidos directamente por el Congreso, se añaden los previstos en los arts. 85 y 86 de la Ley Fundamental. Ellos prevén la actuación de dos organismos con atribuciones específicas sobre la materia. Se trata de la Auditoría General de la Nación y del Defensor del Pueblo.

Son organismos que forman parte del Poder Legislativo, aunque están dotados de autonomía funcional que les permite cumplir, con un razonable grado de independencia, su rol de control en el ámbito de la Administración Pública, ya sea de manera directa o por intermedio del Poder Judicial.

#### 546. Auditoría General de la Nación

La Auditoría General de la Nación es un organismo de asistencia técnica del Congreso, del cual depende, aunque está dotado de autonomía funcional. Entre las atribuciones que le asigna el art. 85 de la Constitución y cuya reglamentación por vía legislativa corresponde al Congreso, cabe destacar las siguientes:

1) De oficio, o a pedido del Congreso, emite dictámenes sobre el desempeño y situación general de la Administración Pública. Sobre la base de tales dictámenes, el Congreso efectuará el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, que permitirá

racionalizar el gasto público. Por tratarse de una función política propia del Congreso, los dictámenes que emita la Auditoría General de la Nación no serán vinculantes. Pero, el apartamiento de ellos y, en particular, de los atinentes al control interno de la Administración Pública, puede acarrear responsabilidades políticas y jurídicas.

2) De oficio, o a pedido del Congreso, brinda asistencia técnica, o específicamente relacionada con un caso concreto, sobre las materias enunciadas en el primer párrafo del art. 85 de la Constitución.

3) Ejerce el control de legalidad, gestión y auditoría sobre toda la actividad de la Administración Pública, centralizada o descentralizada. Al margen de la auditoría contable y del control sobre la adecuación a las leyes de los actos administrativos por los cuales se perciban o inviertan recursos provenientes de los fondos públicos, sus funciones también abarcan un control de gestión. Un control sobre los proyectos y actos, en el curso de su ejecución, provenientes de la administración acerca de su oportunidad, conveniencia y razonabilidad. En este caso, y si la ley reglamentaria así lo establece, los dictámenes de la Auditoría General podrán ser vinculantes o determinar la suspensión de aquéllos a resultas de lo que decida el Congreso.

4) Se impone la intervención obligatoria de la Auditoría General en todo trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

5) Ejerce las restantes funciones complementarias de las que le asigna la Constitución y que determina el Congreso.

La ley que reglamente el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso.

Hasta el presente el Congreso no sancionó la ley que prevé el art. 85 de la Constitución. Sin embargo, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, que introdujo esa norma en la Ley Fundamental, había sido sancionada en 1992 la ley 24.156 que, en su título séptimo, dispuso la creación de la Auditoría General de la Nación.

#### 547. El defensor del Pueblo

El art. 86 de la Constitución también le ha asignado jerarquía constitucional al defensor del Pueblo que, hasta la reforma constitucional de 1994, tenía un dudoso rango legal conferido por la ley 24.284, sancionada el 1º de diciembre de 1993.

Los antecedentes históricos del defensor del Pueblo, también conocido con el nombre de ombudsman, son remotos.

La institución del ombudsman o defensor del pueblo surgió en Suecia en 1713, en respuesta a la necesidad de ofrecer a la Corona un mecanismo eficiente para vigilar el funcionamiento del Consejo Real. Posteriormente, en 1809, fue incorporada a la

Constitución de ese país como organismo dependiente del Parlamento para fiscalizar las decisiones de los tribunales judiciales y controlar la actividad de la Administración Pública.

Durante muchos años, se trató de una institución exótica, propia de los países escandinavos, consecuente con sus tradiciones y prácticas políticas, establecida con el propósito de dotar al parlamento de un medio complementario para prevenir y controlar el ejercicio abusivo del poder.

La difusión del ombudsman , que obedeció a la necesidad de encontrar una respuesta al crecimiento del Estado y a la arbitrariedad administrativa, presenta características diferentes en cada ordenamiento jurídico, sin perjuicio de admitir la existencia de ciertas notas comunes.

El art. 86, incorporado con la reforma constitucional de 1994, establece:

"El defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

"El defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Dura en su cargo cinco años, transcurridos los cuales puede ser nuevamente designado por una sola vez.

"La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial".

La Constitución establece que, por una ley especial, el Congreso regulará la organización y funcionamiento del defensor del Pueblo. Sin embargo, ya antes de la reforma constitucional de 1994, se había operado el funcionamiento del defensor del Pueblo por obra de la ley 24.284, que fue modificada parcialmente por la ley 24.379 sancionada el 28/9/1994.

Las características fundamentales del defensor del Pueblo previstas por la Constitución y la legislación reglamentaria son las siguientes:

1. Es un órgano independiente y autónomo en su funcionamiento, aunque dependiente del Congreso de la Nación.
2. Su función es la de proteger los derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes, actuando por sí mismo y sin asumir la representación de terceros.
3. Esa función se extiende solamente frente a hechos, actos u omisiones de los organismos dependientes del Poder Ejecutivo, y no de los poderes Legislativo y Judicial.

4. Sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, tiene el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

5. El defensor del Pueblo tiene legitimación procesal para actuar ante los tribunales judiciales y administrativos en materias de su competencia.

6. Disfruta de las inmunidades y privilegios previstos por la Constitución para los legisladores (arts. 68, 69 y 70 Constitución Nacional).

7. Es designado y removido por el Congreso por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras.

8. Dura en el cargo cinco años y puede ser nuevamente designado por una sola vez. Entendemos que, transcurrido un período de cinco años desde que concluya la segunda designación, no hay reparo constitucional para que vuelva a ser nombrado.

9. Incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el art. 239 del Código Penal, todo aquel que impida concretar una denuncia ante el defensor del Pueblo u obstaculice sus investigaciones al negarse a suministrar los informes que requiera.

10. Antes del 31 de mayo de cada año, el defensor del Pueblo debe presentar un informe a las Cámaras del Congreso sobre la labor realizada, sin perjuicio de presentar un informe especial cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen. Tales informes deben ser publicados en el Boletín Oficial y en los Diarios de Sesiones de las Cámaras, con copia de ellos al Poder Ejecutivo.

Conforme a la Constitución y a los arts. 1º y 14 de la ley 24.284, la función fundamental del defensor del Pueblo reside en proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública. En tales casos, está habilitado para efectuar, a petición del interesado o de oficio, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de la presunta irregularidad y aunque afecte intereses difusos o colectivos.

Concluida la investigación, debe aportar sus resultados al Congreso.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que no está legalmente autorizado para investigar la actividad del Poder Judicial y, por añadidura, para promover acciones o formular peticiones ante el organismo jurisdiccional respecto a actuaciones desarrolladas en el ámbito de dicho poder. Es inadmisibles que el defensor del Pueblo formule peticiones judiciales sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente porque no concurrirían los presupuestos básicos de una acción judicial. Tampoco es procedente aceptar que formule exhortaciones a la Corte sobre las causas en trámite pues carece de competencia para ello.

Si bien el art. 86 de la Constitución le otorga legitimación procesal, ello no es óbice para que los jueces examinen, en cada caso concreto, si corresponde asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en la que se sustenta su pretensión. Así, el defensor del Pueblo carece de legitimación para objetar la validez de un decreto que dispuso la promulgación parcial de una ley, si los

particulares directamente interesados ya lo hicieron y otro tanto las entidades de defensa de los derechos del consumidor.

Consideramos que el defensor del Pueblo no está habilitado para cuestionar la validez constitucional de una ley. No solamente porque se trata de un producto del Poder Legislativo, y no de la Administración, sino también porque no puede formular objeciones a los actos emanados del órgano gubernamental del cual depende.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la legitimación procesal que le confiere al defensor del Pueblo el art. 86 de la Constitución no se limita a la acción de amparo del art. 43 porque ello importaría desconocer las funciones y los medios que, para su concreción, resultan de aquella disposición constitucional. La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema es restrictiva respecto de la legitimación del defensor del Pueblo, particularmente respecto de la tutela de derechos patrimoniales cuya defensa incumbe a sus titulares.

#### 548. El juicio político

El juicio público, establecido por los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución, tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad política del presidente, vicepresidente, jefe del gabinete de ministros, ministros y jueces de la Corte Suprema de Justicia por mal desempeño de sus cargos, o por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones, o por la comisión de delitos comunes.

Para la remoción de los magistrados judiciales, con exclusión de los jueces de la Corte Suprema, la Constitución prevé iguales causales en su art. 115. En este caso, el órgano acusador no es la Cámara de Diputados sino el Consejo de la Magistratura (art. 114, inc. 5º), y el órgano juzgador no es el Senado sino un jurado de enjuiciamiento (art. 115).

Si bien la Ley Fundamental no designa a ese procedimiento con el rótulo de juicio político, ha sido aceptado por la generalidad de la doctrina y en la práctica congresual. En efecto, el art. 59 alude a un juicio público y no a un juicio político. La distinción es importante porque, al privar de carácter político al procedimiento, éste debe ajustarse, conforme a sus características particulares, a las reglas del debido proceso legal.

Los antecedentes mediatos de este procedimiento los encontramos en el juicio de residencia de la época colonial y en el impeachment inglés, aunque presenta importantes diferencias con ellos.

El juicio de residencia consistía en una investigación impuesta por el derecho indiano al cual quedaban sujetos los virreyes, gobernadores y magistrados coloniales cuando concluían sus funciones, y se fundaba en el principio de responsabilidad inherente a toda función de gobierno, como un freno necesario para obligarlos a estar atentos y ajustados a sus deberes.

A diferencia del juicio político, el juicio de residencia era ineludible, sin que tuviera por objeto la remoción del funcionario. Se trataba de una verdadera rendición de cuentas que se llevaba a cabo con prescindencia de cualquier tipo de imputación.

El impeachment inglés, que comenzó a ser aplicado en 1376, consistía en la acusación contra un individuo hecha por la Cámara de los Comunes ante la Cámara de los Lores con motivo de conductas consideradas opuestas a los intereses del Estado.

Se utilizó frecuentemente para separar de sus cargos a los ministros de la Corona, por cuanto no era aplicable al monarca ni a los jueces. Pero, su tramitación no estaba condicionada a la comisión de un delito o crimen calificado, sino a circunstancias de orden político relacionadas con el manejo de los negocios públicos.

Dejó de aplicarse desde 1805, cuando se consolidó en Gran Bretaña el régimen de gabinete, que determina la renuncia solidaria de sus integrantes por el simple hecho de no superar un voto de confianza de la Cámara de los Comunes, o ser objeto de un voto de censura, procedimiento más ágil y coherente en el marco de un sistema parlamentario para concretar la destitución de los funcionarios políticos cuando su desempeño no satisface el interés público.

El juicio político es una institución propia de los Estados de organización ejecutiva de tipo presidencial. Mediante él no se hace efectiva la responsabilidad política solidaria propia del sistema parlamentario, como tampoco la responsabilidad jurídica que está explícitamente reservada al Poder Judicial. Su único objetivo es el de separar de su cargo al funcionario acusado, y eventualmente declararlo inhábil para ejercer ciertas funciones en el orden nacional.

Los constituyentes, al incluir el juicio político, se basaron en el texto constitucional de los Estados Unidos que, a su vez, se inspiró en el impeachment inglés, aunque adecuado al sistema presidencialista.

El texto constitucional de 1853 extendía el juicio político a los gobernadores de provincia y a los miembros del Congreso Nacional. Ambas categorías fueron excluidas en 1860 sobre la base de sólidos fundamentos. En cuanto a los primeros, por entender que ello guardaba mayor coherencia con el federalismo; y en cuanto a los segundos, porque cada Cámara tiene la facultad constitucional de expulsar a sus miembros por mala conducta, lo que torna innecesaria la promoción de un juicio político.

Los arts. 59 y 60 no fueron alcanzados por la reforma de 1994. En cambio, el art. 53 sufrió dos modificaciones. Por la primera de ellas, se incluye, entre los funcionarios que pueden ser sometidos a juicio político, al jefe de gabinete de ministros que prevén los arts. 100 y 101 de la Ley Fundamental. Por la segunda, fueron excluidos del juicio político los magistrados judiciales de inferior jerarquía cuya remoción, por iguales causales a las expresadas en el art. 53, sólo puede ser efectuada por el jurado de enjuiciamiento previsto en el art. 115 de la Ley Fundamental.

Corresponde destacar que el juicio público al cual pueden ser sometidos los funcionarios políticos no equivale al juicio público aplicable a los magistrados judiciales, cualquiera sea su jerarquía. Recordemos que el impeachment inglés fue adoptado por la Constitución de los Estados Unidos pero con la particularidad de extender su aplicación a los magistrados judiciales, que no estaban comprendidos en el tradicional sistema inglés por depender de la Corona.

Como enseñaba Sánchez Viamonte, no se advirtió que, cuando se trata de jueces, no es ya una manera de juzgar a funcionarios políticos, sino a quienes ejercen el poder jurídico estatal mediante la aplicación de la ley. Esa particularidad lleva a que los jueces no puedan ser removidos por el contenido de sus sentencias aunque, mediante ellas, se ocasione un perjuicio al Estado o al bien común, a menos que se pruebe que esa sentencia fue dictada en apartamiento de la ley y con el deliberado propósito de beneficiar o perjudicar a una de las partes o a un tercero.

En cambio, los funcionarios políticos siempre pueden ser responsabilizados políticamente por el contenido de sus actos, si se estima —con una valoración política y no jurídica— que ellos son nocivos, inconvenientes o inadecuados para el bien común o para los intereses del Estado.

Precisamente, uno de los errores más notorios en que se suele incurrir reside en confundir la responsabilidad jurídica o penal, con la responsabilidad política. Pero, tampoco hay que incurrir en otro grave error: estimar que el juicio público tiene naturaleza estrictamente política y que, por ende, es discrecional y ajeno a las reglas del debido proceso legal.

Conforme a la Constitución, corresponde a la Cámara de Diputados, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes (art. 53), disponer la formación de la causa explicitando los cargos que se imputan al acusado. Cuando esos cargos son presentados ante el Senado para requerir la destitución del funcionario imputado, comienza el juicio político. A su vez, la Cámara de Senadores (arts. 59 y 60) juzga la conducta de los acusados y puede, también con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, declararlos culpables y proceder a su remoción.

Como se trata de un juicio donde sólo se considera la responsabilidad política del funcionario, resulta razonable que el juzgamiento se atribuya a un órgano político y representativo, y que el fallo condenatorio se limite a producir la destitución del acusado y, eventualmente, su incapacidad para ocupar cargos públicos en el futuro. Pero, la responsabilidad jurídica del ex funcionario sólo puede ser juzgada por los tribunales judiciales ordinarios en resguardo del principio de la división de los poderes.

La Constitución, en su art. 53, prevé tres causales para la promoción de un juicio político:

1) Mal desempeño del cargo. Comprende toda conducta, acreditable objetivamente, que revela la falta de idoneidad del funcionario para proseguir en el ejercicio del cargo. El mal desempeño no se refiere únicamente a una conducta

desplegada en el ejercicio de la función pública, sino también a todo comportamiento extraño a esa función que no se compadece con el decoro requerido por el principio de idoneidad. Una vida privada que lesiona la moral pública o desprestigia la investidura del funcionario es causal de mal desempeño.

2) Comisión o participación en la ejecución de actos delictivos en el ejercicio de la función pública. Incurrir en prevaricato, por acción u omisión, es causal del juicio político. Otro tanto, alterar las constancias de una causa judicial o suministrar información falsa respecto de ella, o incurrir en abuso de autoridad.

3) Comisión o participación en la ejecución de delitos comunes que, por su envergadura, gravedad o trascendencia social, justifiquen la destitución de un funcionario. Un robo, hurto, homicidio, estafa, violación u otro delito grave avala la destitución del funcionario. Pero no necesariamente la comisión de un delito culposo. Así, el homicidio culposo con motivo de un accidente de tránsito puede no ser causal suficiente para disponer la remoción de un funcionario.

En nuestra práctica constitucional, y con motivo de una errónea interpretación de la Ley Fundamental, la sustanciación del juicio político se ha basado en la primera causal. Ello es así porque, para que se sustancie un juicio político por la comisión de delitos, es necesario que previamente el funcionario sea sometido a un juicio ordinario que concluya con una condena jurídica. Por aplicación del art. 18 de la Constitución, a nadie se le puede atribuir responsabilidad penal por un hecho delictivo sin previo juicio revestido con las garantías del debido proceso legal que concluya con una sentencia emitida por un juez del Poder Judicial.

Como tanto a los jueces como a los integrantes del órgano ejecutivo se les ha extendido en la práctica la prerrogativa que la Constitución contempla exclusivamente para los legisladores (arts. 69 y 70), se ha entendido que los funcionarios previstos en el art. 53 no pueden ser sometidos a un juicio penal ordinario sin antes haber sido separados de sus cargos por un juicio político.

No compartimos esta conclusión por entender que ella se aparta del principio de igualdad republicana del art. 16, y por brindar una interpretación extensiva a las prerrogativas de los arts. 69 y 70, cuando uno de los principios elementales en materia de interpretación constitucional es, precisamente, la interpretación restrictiva de las prerrogativas y privilegios.

Si bien entendemos que aquellos funcionarios pueden ser sometidos a un proceso penal, sus consecuencias en modo alguno pueden impedir o limitar las potestades resultantes del cargo que ejercen. Esto significa que ellos no pueden ser privados de su libertad y, en caso de mediar una sentencia condenatoria firme privativa de libertad, su ejecución debe quedar suspendida hasta el momento en que el funcionario cese en el cargo con motivo de un juicio político o por cualquier otra circunstancia.

Es requisito para la procedencia del juicio político que la persona sometida a él esté desempeñando alguno de los cargos que, taxativamente, establece la Constitución. Además, como el juicio político se inicia con la presentación ante el



Senado de la declaración de la Cámara de Diputados por la cual se dispone la formación de la causa, sólo pueden ser sometidos a él los funcionarios que en ese momento ejerzan los cargos respectivos.

Conforme a esta postura, no pueden ser sometidos a juicio político aquellas personas que no se encuentran en el desempeño del cargo al momento de su promoción en tanto que es, hasta ese momento, perfectamente válida la renuncia aceptada o la remoción dispuesta del funcionario para impedir la sustanciación de un juicio político.

La renuncia del funcionario, si es aceptada con posterioridad a la acusación de la Cámara de Diputados, no puede impedir la prosecución y culminación del juicio político. Si bien no será posible materializar la destitución del funcionario por haberse éste apartado del cargo, sí será posible que el Senado se pronuncie sobre la inhabilidad del ex funcionario para ocupar cargos públicos en el futuro.

Esta última solución se amolda a la letra y el espíritu de la Constitución y satisface las sanas expectativas de los grupos de opinión pública. Ella ha merecido el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Yrigoyen" (28) .

Postura similar fue adoptada por el Senado cuando, el 30/4/1947, dictó su fallo en el bochornoso juicio promovido a cuatro ministros de la Corte y a su procurador general, por la circunstancia de no estar enrolados en la ideología política del entonces gobernante de turno. Al considerar el caso del juez de la Corte Roberto Repetto, cuya renuncia había sido presentada y aceptada antes de la iniciación del juicio con la acusación de la Cámara de Diputados, el Senado determinó que no estaba sujeto a su jurisdicción por haberse aceptado su renuncia con anterioridad a la iniciación del juicio político.

Sobre la base de tal antecedente, fue correcta la decisión del Senado al no sustanciar en 1990 el juicio político del ex juez Remigio González Moreno, ya que su renuncia había sido aceptada antes de que la Cámara de Diputados decidiera impulsar el juicio político y, según el art. 53 de la Ley Fundamental, no se puede promover un juicio de esa naturaleza contra quien no ostentaba, a ese momento, el cargo público del cual se lo pretendía remover.

Sin embargo, no aconteció lo propio con la postura adoptada por la mayoría de los senadores respecto del ex juez Juan Miguel Zitto Soria, porque su renuncia, aceptada el 29/1/1991, fue posterior al acto de promoción del juicio político dispuesto por la Cámara de Diputados, cuyo curso institucional no podría ser detenido por otro poder gubernamental y menos aun por un acto del propio interesado.

Entendemos que en los supuestos de renuncia o remoción, cuando se trata de ministros del Poder Ejecutivo, al margen del procedimiento establecido por el art. 60 de la Constitución, respecto del funcionario involucrado, no existen reparos constitucionales para que el Senado prosiga el trámite del juicio político y dicte sentencia, en la cual podrá ordenar la separación de aquél de su cargo si a ese momento lo conserva, y además disponer la inhabilitación política del acusado con

prescendencia de que revista el carácter de funcionario. El límite constitucional está dado por la efectiva permanencia en el cargo al tiempo de la promoción del juicio político por la Cámara de Diputados mediante la acusación.

Tal fue el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia al decidir el caso "Lona" (29) . El juez federal Ricardo Lona presentó su renuncia al cargo antes de la acusación formulada por el Consejo de la Magistratura. Sobre tal base, impugnó la decisión de proseguir con la sustanciación de su juicio político. Tal petición no fue acogida por el Jurado de Enjuiciamiento sobre la base del art. 5º de su Reglamento al entender que la renuncia, para producir efectos jurídicos, debe ser aceptada por el órgano competente. Por otra parte, el art. 9º bis del Reglamento para la Justicia Nacional dispone que los jueces deben presentar sus renunciaciones ante el Poder Ejecutivo e informar tal hecho a la Corte Suprema por intermedio de la cámara respectiva. Pero, hasta tanto la renuncia no sea aceptada formalmente, deben proseguir ejerciendo el cargo.

La Corte destacó que la renuncia constituye una petición dirigida a la autoridad competente, que puede o no ser aceptada. Añadió que el órgano destinatario de la petición tiene el deber de expedirse y, si no lo hace, el peticionario debe instar la producción de la respuesta, porque "si se aceptara que el Poder Ejecutivo pueda manejar los tiempos de la renuncia de un juez de la Nación, a su albedrío, se aceptaría convertir una facultad propia y no discrecional en una herramienta política de injerencia de un poder sobre otro".

Concluyó señalando que al no haber sido aceptada la renuncia de Lona, éste proseguía siendo juez y estaba sujeto a la sustanciación del juicio político, máxime al considerar que no había instado, ante el Poder Ejecutivo, la respuesta a su petición de renunciar.

Las razones que motivan la sustanciación de un juicio político no son susceptibles de revisión judicial, por tratarse de elementos cuya apreciación queda exclusivamente reservada a las cámaras del Congreso, pero el pronunciamiento condenatorio que emane del Senado queda sujeto al control del Poder Judicial en la medida que configure la violación sustancial de alguna de las garantías y derechos que la Constitución reconoce a todos los habitantes del país.

En tal sentido, al resolver el caso "Nicosia" (30) , el 9/12/1993, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de destacar que la doctrina que afirmaba el control judicial en materia de juicios políticos desarrollados en el ámbito provincial (31) era extensible a los funcionarios sometidos al proceso similar que contempla la Ley Fundamental, y siempre respecto a las reglas del debido proceso legal atinentes al derecho de defensa.

Destacó la Corte que la apreciación de las causales para la promoción del juicio político, el encuadre constitucional de los hechos y su análisis son cuestiones reservadas al arbitrio del Congreso y, en particular, del Senado, no susceptibles de revisión judicial. Sin embargo, la violación de las garantías constitucionales (art. 18 Constitución Nacional) o de los recaudos establecidos por la Ley Fundamental para la sustanciación del juicio político podían conllevar la intervención del Poder

Judicial por aplicación del principio de la supremacía constitucional (art. 31 Constitución Nacional) y en ejercicio de la función de control de constitucionalidad reservada a él por la Ley Fundamental. Así, la acusación formulada sin cumplir con la mayoría del art. 53; la sanción dispuesta por el Senado sin alcanzar la mayoría del art. 59; la sanción del Senado cuyo contenido difiera del previsto en el art. 60; la violación, durante la tramitación ante el Senado, de la garantía del debido proceso legal adecuada a las modalidades del juicio político, son algunas de las hipótesis que tornan viable la revisión judicial de un pronunciamiento condenatorio emanado del Senado.

Esta doctrina, cuya razonabilidad se basa en la ya tradicional distinción entre los actos políticos —no susceptibles de revisión judicial— y los efectos jurídicos de tales actos —sujetos al control judicial—, fue afirmada por la Corte Suprema en varias oportunidades.

Conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, las sentencias dictadas en un juicio político son susceptibles de revisión por vía del recurso extraordinario. Su sustanciación requiere de una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa que solamente puede ser el Senado o el Jurado de Enjuiciamiento (art. 115 Constitución Nacional). De modo que las presuntas violaciones a las garantías del debido proceso legal, como es el derecho de defensa en juicio, producidas en el curso de las actuaciones, carecen de entidad jurídica para avalar el control de constitucionalidad judicial que está reservado al momento de dictarse la sentencia definitiva.

Aceptando este punto de vista, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar el 31/1/2001 la sentencia 71, expresó que toda denuncia o queja "formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esta etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario. En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa" (consid. 74). Añadió que, a su criterio, constituía una irregularidad que, los legisladores que hubieran cuestionado el funcionamiento del Tribunal Constitucional del Perú, "luego participaran en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso en estudio para la remoción de los jueces del superior tribunal peruano" (consid. 78).

Con un criterio más amplio al receptado por la Corte argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que los jueces no pueden ser destituidos por el simple hecho de que su sentencia fue revocada por un órgano judicial superior porque ello importaría desconocer la independencia de los magistrados judiciales. Se impone que el fundamento de la destitución tenga razonabilidad y guarde relación con el hecho imputado (32).

Es un procedimiento, si se quiere, de carácter mixto. Es político por la naturaleza de las causales constitucionales que lo imponen y porque es un órgano político el

que interviene en su sustanciación, aunque luego asume el rol de un tribunal jurisdiccional.

Pero también tiene naturaleza jurídica porque no configura una atribución discrecional del Congreso, sino que está sujeta a los límites establecidos por la Constitución. No solamente respecto a su estructuración en los arts. 53, 59 y 60 de la Ley Fundamental, sino también en orden a la rigurosa aplicación y respeto de todos los derechos y garantías individuales que ella establece y que han sido objeto de reglamentación por los tratados internacionales sobre derechos humanos previstos en su art. 75, inc. 22.

De manera que, aunque la sustanciación esté a cargo de un órgano político —el Congreso—, su curso debe ajustarse estrictamente a las normas jurídicas que tutelan los derechos humanos, que le asignan una naturaleza jurídica.

En síntesis, el "juicio político" que regula la Constitución Nacional en su articulado tiene carácter jurisdiccional y, en el curso de su sustanciación que se inicia en el ámbito de la Comisión de Juicio Político, tanto ella como las Cámaras del Congreso carecen de potestades absolutas, arbitrarias, discriminatorias o discrecionales en orden a sus efectos.

En el juicio político sustanciado al juez Antonio Boggiano, el Senado había dispuesto su suspensión en el cargo. En esa oportunidad la mayoría de los congresales —Alejandro Tazza, Tomás Inda, Mario Lezana, Horacio Prack y Carlos Müller— consideró que era constitucionalmente inviable la suspensión y ordenó reponer en su cargo al juez Boggiano con la particularidad de que, los dos últimos, ordenaron suspender la tramitación del juicio político debido a las graves violaciones de las reglas del debido proceso legal que, en su curso, se estaban produciendo.

El mecanismo del juicio político es un procedimiento prudente y eficaz para analizar la responsabilidad política de ciertos gobernantes en salvaguarda del principio de idoneidad, tan caro y esencial para la subsistencia de un sistema democrático constitucional, siempre que sea correctamente aplicado.

Que la herramienta no se aplique con la frecuencia que algunos desean, o con la celeridad que le es propia, o que se use con fines que le son extraños, no configuran defectos propios del juicio político sino una consecuencia no deseada constitucionalmente y que generan quienes deberían darle fiel cumplimiento.

#### 549. El eslabón perdido

En el núcleo de coincidencias básicas previsto por el art. 2º de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, se propuso incorporar al entonces art. 68 de la Ley Fundamental una cláusula particular. Según ella, "Los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras".

Esta disposición, conforme al Reglamento interno de la Convención Reformadora, que adoptó el texto del art. 5º de la ley 24.309, debía ser votada juntamente con todos los contenidos del núcleo de coincidencias básicas. Quedaba entendido que la votación afirmativa importaba la incorporación constitucional de todos esos contenidos y que, por el contrario, el voto negativo importaba el rechazo de todos ellos.

Al tratar el núcleo de coincidencias básicas, la Convención aprobó, como art. 68 bis, el siguiente texto: "Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras".

Sin embargo, cuando la Convención elaboró el texto ordenado de la Constitución, que fue aprobado y jurado por los convencionales, dicha cláusula no fue incluida en su texto. Acto continuo, la Convención dio por cumplido su cometido y se procedió a su disolución.

Consideramos que la aprobación, por la Convención, de un texto constitucional en el cual no fue incorporado aquel art. 68 bis, impide considerar que éste integra la Ley Fundamental.

Para remediar aquella deficiencia se ha previsto, por ley del Congreso, que el "eslabón perdido" integra la Constitución. Consideramos que esa decisión carece de validez constitucional porque el órgano legislativo no puede atribuirse funciones constituyentes ni enmendar los presuntos errores en que incurrió la Convención Reformadora.

- (1) Fallos CS 285:223.
- (2) Fallos CS 313:1049.
- (3) Fallos CS 268:352.
- (4) Fallos CS 189:156.
- (5) Fallos CS 319:1479.
- (6) Caso "Bignone", LA LEY, 2005-A, 518.
- (7) LA LEY, 2005-C, 845.
- (8) Fallos CS 142:432, 178:355, 246:349, 270:49, 304:1901.
- (9) En el caso "Arlandini" (Fallos CS 208:184).
- (10) Caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", resuelto el 4/11/2008. LA LEY, Suplemento Constitucional del 22/12/2008.
- (11) Caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Estado Nacional", resuelto el 4/11/2008. Fallos CS 331:2406.
- (12) Fallos CS 308:650.
- (13) Fallos CS 306:1883; 308:403; 314:1796.

- (14) Fallos CS 300:1282; 302:1284.
- (15) Fallos CS 297:236.
- (16) Fallos CS 325:766.
- (17) Fallos CS 286:301, 307:360.
- (18) Fallos CS 280:388, 298:392, 305:327, 312:1495.
- (19) Fallos CS 306:516.
- (20) Fallos CS 321:1074 en el caso "Telefónica Argentina".
- (21) Fallos CS 322:875. Igual solución se adoptó en Fallos CS 319:3148; 322:910 y 1090.
- (22) "Estado Nacional c. Universidad de General Sarmiento", sent. del 6/5/2008. ED 30/9/2008.
- (23) Fallos CS 314:570.
- (24) Fallos CS 319:3148.
- (25) Fallos CS 322:842.
- (26) Fallos CS 319:3148 y "Brito c. Universidad Nacional de Tucumán", Fallos CS 327:227. LA LEY, 2004-D, 24.
- (27) Fallos CS 307:1964; sentencia del 16/11/2004 en el caso "Argüello c. Universidad Nacional de Tucumán"; Fallos CS 327:5002.
- (28) Fallos CS 162:152.
- (29) Fallos CS 327:46. DJ, 2004-1-703 - LA LEY, 2004-C, 315.
- (30) Fallos CS 316:2940. ED, 158-245.
- (31) Fallos CS 308:961.
- (32) Sentencia del 5/8/2008 en el caso "Apitz y otros c. Venezuela".

## CAPÍTULO XVIII

### Poder Ejecutivo

#### SUMARIO

- 550. La función ejecutiva.
- 551. Sistemas de organización del Poder Ejecutivo.
- 552. Presidencialismo.
- 553. Parlamentarismo.
- 554. Gobierno de asamblea.
- 555. El sistema presidencialista argentino.
- 556. Elección presidencial.
- 557. Elección presidencial en la Constitución.
- 558. Condiciones de elegibilidad.
- 559. Remuneración e incompatibilidades.
- 560. Duración del mandato y reelección presidencial.
- 561. Acefalía del Poder Ejecutivo.
- 562. El vicepresidente de la Nación.
- 563. La institución ministerial.
- 564. Integración de los ministros en el órgano ejecutivo.
- 565. Divisiones ministeriales.
- 566. Designación y remoción de los ministros.
- 567. Incompatibilidades.
- 568. Funciones ministeriales.
- 569. Control del presidente.
- 570. Colaboración y asesoramiento.
- 571. Resoluciones administrativas.
- 572. Representación ante el Congreso.
- 573. El jefe de gabinete.
- 574. Atribuciones del Poder Ejecutivo.
- 575. Atribuciones administrativas.
- 576. Atribuciones reglamentarias.

- 577. Atribuciones colegislativas.

- 578. Veto y promulgación parcial de las leyes.

- 579. Decretos de necesidad y urgencia.

- 580. Delegación de facultades legislativas.

- 581. Nombramiento de funcionarios.

- 582. Atribuciones en materia de garantías institucionales.

- 583. Indulto y conmutación de penas.

- 584. Relaciones internacionales.

- 585. Atribuciones militares.

- 550. La función ejecutiva

En el ámbito clásico de la doctrina de la división o separación de las funciones gubernamentales, las atribuciones del Poder Ejecutivo suelen ser presentadas y limitadas a las de un mero ejecutor de las leyes del Congreso y de las sentencias pronunciadas por los magistrados judiciales.

Pero sin mengua de la importancia de dicha función, las atribuciones reales del Poder Ejecutivo debido a su liderazgo político son mucho más amplias, como consecuencia de su extensión dinámica a la gestión y administración de los asuntos públicos, a la conducción de las relaciones internacionales, al ejercicio de funciones colegislativas y de muchas otras que no superan los límites constitucionales.

Las dificultades para concretar una enumeración completa y detallada de las funciones del Poder Ejecutivo son insuperables. En gran medida, ello obedece a la génesis del Poder Ejecutivo moderno y a la implementación de la doctrina de la separación de los roles del gobierno que son asignados a diversos órganos.

En las monarquías absolutas, todas las funciones estaban concentradas en la persona del monarca. Paulatinamente, fue desprovisto de las potestades legisferantes, que fueron trasladadas al órgano legislativo y, posteriormente, aconteció algo similar con algunas funciones jurisdiccionales asignadas al órgano judicial. Pero, en ambos casos, la transferencia se operó respecto de atribuciones gubernamentales relativamente determinadas. Quedó así en manos del tradicional titular del órgano ejecutivo la función de hacer cumplir los actos de los restantes órganos del gobierno y un poder residual sumamente elástico que comprende innumerables aspectos de índole política y administrativa.

A partir de mediados del siglo XX, el ensanchamiento de las atribuciones clásicamente reconocidas al órgano ejecutivo se operó en detrimento de los órganos legislativo y judicial. La delegación de facultades legislativas en el órgano ejecutivo y el reconocimiento de su potestad para legislar mediante la emisión de decretos de necesidad y urgencia acrecientan el rol del Poder Ejecutivo en la estructura gubernamental. De igual manera, el ejercicio de funciones

jurisdiccionales por el órgano ejecutivo, sin perjuicio de su revisión posterior por el Poder Judicial, revelan una tendencia hacia la concentración del poder.

Ante esa realidad jurídica y política, se procura incrementar las potestades de control de los restantes estamentos del gobierno para evitar, en definitiva, una absoluta concentración del poder, con su secuela inevitable de ejercicio abusivo en detrimento de la libertad y dignidad del hombre. A igual finalidad responde el implante de nuevos controles intraórgano en el ámbito del órgano ejecutivo.

La conveniencia y necesidad de incrementar la cantidad y funciones de los organismos de control y autocontrol, frente a esta expansión del Poder Ejecutivo, es particularmente recomendable en los países latinoamericanos, tan proclives al caudillismo y a la s dictaduras presidenciales.

#### 551. Sistemas de organización del Poder Ejecutivo

El órgano ejecutivo del gobierno se puede manifestar bajo diversas modalidades. Sus extremos están representados por la organización monárquica absoluta o el ejecutivo autocrático, hasta la organización conforme a un sistema de democracia directa. En los regímenes políticos contemporáneos, tales extremos son inusuales. Se presentan fórmulas intermedias, algunas de las cuales son de compleja tipificación empírica, como acontece con el neopresidencialismo, el neoparlamentarismo y aquellas de carácter mixto en función de la naturaleza de los actos que se ejecutan.

Para simplificar los sistemas de organización del órgano encargado de ejercer la función ejecutiva del gobierno, cabe sintetizarlos en tres grandes grupos: presidencialismo, parlamentarismo y gobierno de asamblea.

#### 552. Presidencialismo

El presidencialismo concentra la función ejecutiva en un órgano independiente del legislativo y judicial. Puede ser puro o atenuado. También unipersonal o colegiado.

En el presidencialismo puro, el titular del órgano ejecutivo carece, virtualmente, de controles internos o intraórgano. Al igual que en el presidencialismo atenuado y mixto existe una clara separación entre los tres órganos del gobierno, aunque ella es más intensa en algunos sistemas políticos, tal como acontece en los Estados Unidos. Los ministros o secretarios de Estado son simples colaboradores o consejeros del órgano presidencial ejercido por una persona que es elegida, directa o indirectamente, por los ciudadanos.

Es atenuado cuando, si bien el órgano ejecutivo es unipersonal en cuanto a su titularidad, los ministros disponen de medios constitucionales para controlar la actuación del presidente mediante el refrendo y la legalización de sus actos. Se gesta, de tal manera, un control intraórgano que tiene más relevancia política que jurídica, pese a estar previsto en los textos constitucionales. Ello obedece a que tanto el nombramiento como la remoción discrecional de los ministros son potestad exclusiva del presidente.

El presidencialismo puro y atenuado encuentra su origen en la Constitución de los Estados Unidos. Es notorio el éxito que tuvo ese sistema en dicho país, como también en la generalidad de los Estados latinoamericanos para consolidar la unidad nacional y su organización estatal. Ello obedeció a razones históricas y al rechazo de las estructuras monárquicas imperantes en Europa.

El ejecutivo colegiado presupone otorgar la titularidad de esa función de gobierno a varias personas con iguales o similares atributos. La institución del directorio, adoptada en Francia, y el triunvirato que rigió entre nosotros son un ejemplo de este tipo de organización. Otro tanto fue el ejecutivo colegiado que rigió en el Uruguay entre 1952 y 1966. El fracaso del ejecutivo colegiado obedeció, sustancialmente, a que la atomización de su estructura lo privó de energía para concretar un equilibrio con los restantes órganos del gobierno.

Las diferencias fundamentales que existen entre un sistema presidencialista y el parlamentario son las siguientes:

1) En los sistemas parlamentarios, la separación de las funciones del gobierno es mucho más tenue que en los regímenes presidencialistas y existe una real preeminencia del parlamento sobre el órgano ejecutivo cuya intensidad es variable. Hay una estrecha unión entre el parlamento y el órgano ejecutivo. En cambio, en los sistemas presidencialistas, el equilibrio y la independencia entre los órganos gubernamentales son mucho más claros e intensos.

2) En los sistemas parlamentarios la constitución y subsistencia del titular del órgano ejecutivo dependen de la voluntad del parlamento. A través del voto de censura o la negativa del voto de confianza, la continuidad del titular del órgano ejecutivo está condicionada a la conformidad del parlamento. En los sistemas presidencialistas, la continuidad en su cargo por parte del presidente no puede ser alterada por el órgano legislativo, salvo a través del mecanismo del juicio político, cuyo contenido es mucho más específico y limitado que el del voto de confianza o censura.

3) En los sistemas parlamentarios, como regla general, el gabinete que con su titular ejerce la función ejecutiva del gobierno está integrado con miembros del parlamento. En los sistemas presidencialistas los integrantes del órgano legislativo no pueden ser designados para ejercer cargos ejecutivos del gobierno en forma simultánea.

4) El gabinete, que está integrado por el primer ministro y sus ministros, es una proyección del parlamento frente al cual responde políticamente en forma solidaria, aspecto este último que no se presenta en el presidencialismo.

5) En los sistemas parlamentarios el órgano ejecutivo no es unipersonal. Junto al primer ministro, que reviste el carácter de jefe de gobierno, comparte el ejercicio de la función ejecutiva un jefe de Estado políticamente irresponsable con el título de presidente, en los regímenes republicanos, o de rey en los regímenes monárquicos. Por su parte, en los sistemas presidencialistas, el órgano ejecutivo es unipersonal.

6) En los sistemas parlamentarios el jefe de Estado puede disolver el parlamento, mientras que en los sistemas presidencialistas el grado de separación existente entre los órganos del gobierno priva al presidente de una facultad similar frente al órgano legislativo.

7) En los sistemas parlamentarios, el primer ministro es designado por el jefe de Estado a propuesta del parlamento, o bien en forma directa por el propio parlamento. A su vez, el jefe de Estado en los regímenes parlamentarios republicanos también es designado generalmente por el parlamento, cuyos componentes son los únicos que revisten un mandato conferido por elección popular. En cambio, en los sistemas presidencialistas, el titular del órgano ejecutivo es elegido, en forma directa o indirecta, por los ciudadanos y permanece en el ejercicio de su cargo con prescindencia de la confianza que pueda merecer del órgano legislativo.

#### 553. Parlamentarismo

En los sistemas parlamentarios existe una dependencia política e institucional del órgano ejecutivo frente al parlamento, que debilita la nítida separación de las funciones del gobierno tal como se presenta en el presidencialismo. En cierto modo, el órgano ejecutivo es simplemente una proyección del parlamento sobre la función ejecutiva.

El sistema parlamentario surgió, en el curso del siglo XVII, en Inglaterra cuando le fue impuesta al rey la obligación de integrar los cargos del gabinete de ministros con miembros del parlamento. Paulatinamente, las atribuciones del monarca fueron transferidas al jefe de gabinete y él quedó relegado al ejercicio de funciones carentes de gravitación política. Esto no significa desmerecer su importancia porque, al margen de constituir un símbolo histórico de unidad nacional, al igual que el presidente en las repúblicas parlamentarias cumple el rol de moderador en las crisis políticas internas que se suelen presentar en el parlamento.

A lo largo de los siglos XIX y XX, la mayoría de los países europeos adoptó, con variedad de matices, el modelo británico en un proceso de transición de los sistemas absolutistas a las democracias constitucionales. Sin embargo, y al menos hasta 1946, los resultados no siempre fueron satisfactorios. Muchos sistemas parlamentarios se transformaron en dictaduras debido a su ineficiencia y a los excesos incurridos en la política agonal. Su fracaso obedeció, en tales casos, a la inserción por vía constitucional de instituciones extrañas a las modalidades de los pueblos o carentes de la consistencia necesaria para su normal desenvolvimiento.

Los países latinoamericanos no permanecieron al margen del esnobismo político y algunos de ellos adoptaron las formas parlamentarias o cuasi-parlamentarias europeas.

El parlamentarismo es una planta exótica de difícil aclimatación en los países latinoamericanos y que ha producido serios conflictos de poderes entre el presidente y el jefe de gabinete, lo que distorsiona la eficacia del principio de autoridad. Ese debilitamiento de los órganos gubernamentales, con su secuela de

inseguridad, generó el ámbito propicio para la implantación de regímenes autoritarios conducidos por personalidades carismáticas dotadas de particular audacia y acérrimas enemigas del sistema democrático-constitucional.

Un caso particular es el que se registra en Francia. El fracaso de los sistemas parlamentarios clásicos establecidos durante las III y IV Repúblicas condujeron, en 1958 y bajo la inspiración de Charles De Gaulle, a sancionar una nueva Constitución que introdujo un sistema cuasi-parlamentario. Sistema que, en rigor, se aproxima más al presidencialismo y que puede ser denominado cuasi-presidencialista.

Para fundamentar la inserción de institutos parlamentarios en el sistema constitucional argentino y hasta para sustituir el presidencialismo por el parlamentarismo, se destaca que el presidencialismo de nuestro país no aporta gobernabilidad y estabilidad al sistema político y que esa presunta ausencia se remediaría con el parlamentarismo.

Sin embargo, la situación se ha revertido desde 1983 a través de un proceso político que, con todos sus tropiezos, procura no apartarse del cauce constitucional. Un fenómeno similar se advierte en casi todos los Estados latinoamericanos.

Consideramos que el sistema parlamentario no es el más apropiado para determinar la organización del Poder Ejecutivo en el régimen político argentino. Sus características son extrañas a nuestros precedentes institucionales.

Las costumbres y prácticas políticas que, a veces, conducen a la extralimitación del órgano ejecutivo presidencialista no deben ser remediadas mediante la atomización de éste que desemboca en la inestabilidad administrativa y en la conformación de una estructura gubernamental endeble.

#### 554. Gobierno de asamblea

El gobierno de asamblea consiste en concentrar el ejercicio de todas las funciones gubernamentales, o al menos la legislativa y ejecutiva, en un órgano multitudinario cuyos miembros son elegidos por los ciudadanos. No es una forma de democracia directa o semidirecta, porque el pueblo no participa en la adopción de decisiones políticas, sino que lo hace a través de sus representantes.

Mientras que en los sistemas parlamentarios resulta tenue la separación que existe entre los órganos legislativo y ejecutivo, en los gobiernos de asamblea esa separación no existe.

Al desnaturalizar la esencia de la doctrina que impone la distribución de las funciones del gobierno entre diversos órganos, es un sistema que inevitablemente conduce al absolutismo.

En las Constituciones de la Unión Soviética de 1936 y 1977, cuyos contenidos fueron adoptados por los países donde imperó el régimen marxista en el siglo XX, la totalidad del poder político se concentraba nominalmente en el Soviet Supremo.

Era un organismo compuesto por dos cámaras, una de carácter popular, el Soviet de la Unión, y la otra representativa de las diversas naciones que abarcaba el imperio soviético, que era el Soviet de las Nacionalidades.

En este esquema, la real titularidad del Poder Ejecutivo no residía en el Soviet Supremo, en el *presidium* ni en el consejo de ministros, sino en el jefe del partido comunista que podía, o no, ejercer las funciones de presidente o primer ministro. Como jefe del partido único que determinaba los lineamientos de la política gubernamental, concentraba en su persona, explícita o implícitamente, la totalidad de los poderes del Estado.

#### 555. El sistema presidencialista argentino

Al crear el órgano encargado de ejercer la función ejecutiva del gobierno, los constituyentes acudieron a su fuente más importante que es la Constitución de los Estados Unidos de América. Fue ella la que, por primera vez en la historia constitucional, estableció la forma presidencial para organizar el órgano ejecutivo de una manera distinta a la resultante del parlamentarismo y del ejecutivo colegiado.

Sin embargo, también gravitó sobre los constituyentes de 1853/60 el pensamiento de Alberdi que, para consolidar la unidad nacional y evitar la reiteración de los conflictos internos que asolaron el país durante casi cincuenta años, propició la creación de un Poder Ejecutivo vigoroso que tuviera mayor gravitación política que el organizado por la Constitución de los Estados Unidos.

En la organización gubernamental, el Poder Ejecutivo es unipersonal en cuanto a su titularidad. Su ejercicio corresponde al presidente, quien no es un producto del órgano legislativo ni lo integra y aunque posee funciones colegislativas, tanto el presidente como los legisladores son elegidos independientemente, y de igual forma ejercen sus atribuciones constitucionales.

El constante aumento del volumen de los asuntos que competen al gobierno y de su complejidad ha sido paralelo al crecimiento de las funciones del órgano ejecutivo y de su importancia. El presidente se ha convertido en el foco de la responsabilidad gubernamental y en el artífice principal del proceso de adopción de las decisiones políticas. Su gravitación es tal que las miradas de los gobernados están concentradas sobre su persona y los períodos gubernamentales se identifican con ella, a la cual hacen responsable de los éxitos y fracasos de la gestión particular y global del gobierno.

Si bien el rol fundamental que desempeña el presidente determina un aumento considerable de su influencia, de igual modo se acrecientan sus actividades indispensables para dar cumplimiento a su misión política. Aumenta la influencia presidencial y, junto a ella, crece el volumen y la complejidad de sus funciones. El número cada vez mayor de decisiones fundamentales que es preciso adoptar, para ofrecer una respuesta inmediata y satisfactoria al creciente dinamismo de la vida social, ha impuesto al presidente cargas sin precedentes como centro vital de las acciones y decisiones de todo el gobierno. De un modo u otro, hoy en día el

presidente es el principal artífice del destino de la Nación al armonizar, coordinar y controlar el vasto conglomerado del gobierno.

#### 556. Elección presidencial

Para la designación del presidente de la Nación, los constituyentes de 1853/60 establecieron un sistema de elección indirecta. Se basaron en el proyecto de Constitución de Alberdi y en la Enmienda XII de la Constitución de los Estados Unidos, que entró en vigencia el 15/6/1804.

En el texto de la Constitución de 1853/60, se establecía, antes de la reforma de 1994, que en cada provincia y en la Capital Federal los ciudadanos debían elegir a una cantidad de electores de presidente y vicepresidente igual al duplo de los diputados y senadores que se designaban en ella. Reunidos los electores, votaban por un candidato para cada cargo y luego se confeccionaban dos listas con los nombres de los candidatos y votos que habían obtenido para presidente y otras dos listas para los candidatos a vicepresidente. Un juego de tales listas se remitía al presidente del Senado.

El escrutinio era realizado por las Cámaras del Congreso reunidas en Asamblea con un quórum de las tres cuartas partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Resultaba elegido, para cada cargo, el candidato que obtenía la mayoría absoluta de votos. Si ningún candidato obtenía esa mayoría la elección del presidente o vicepresidente quedaba a cargo de la Asamblea, que debía pronunciarse por los dos candidatos más votados. Asimismo, si por el voto de los electores la primera mayoría estaba integrada por tres o más candidatos por haber obtenido igual número de votos, o si la segunda mayoría correspondía a dos o más candidatos y la primera a uno solo, la Asamblea debía elegir presidente o vicepresidente a uno de ellos por mayoría absoluta de votos.

Realizada la primera votación por la Asamblea, si ningún candidato obtenía la mayoría absoluta, se realizaba una segunda elección limitada a los dos o más candidatos que habían obtenido más votos en la primera elección. Si después de esta segunda elección había un empate entre dos o más candidatos, se efectuaba una tercera elección, y si subsistía el empate, correspondía al presidente del Senado elegir a uno de ellos como presidente o vicepresidente de la Nación Argentina.

En todas las elecciones realizadas bajo la vigencia de este sistema indirecto, los presidentes fueron designados por el voto de la mayoría absoluta de los electores.

Si bien teóricamente la elección directa del presidente resulta aparentemente más democrática, sus bondades dependen del grado de cultura cívica alcanzado por la ciudadanía y los partidos políticos. Caso contrario, presenta el inconveniente de poder desembocar en una crisis política en la cual graviten factores de corrupción; puede conducir a una división política de la sociedad forjada por bandos irreconciliables; y además deteriora la legitimidad del sistema cuando el voto se emite con ligereza o irreflexión.

Sin embargo, al igual que en los Estados Unidos pero en un grado mucho mayor, el sistema de elección indirecta quedaba desvirtuado por el mandato imperativo otorgado por los partidos políticos a los electores. Esto afectaba la elección indirecta y sus bondades, tornando inútil su complejo mecanismo. De todos modos, esta falla no es propia del sistema, sino de su desnaturalización por obra de los protagonistas políticos. Es así que, en los Estados Unidos, con frecuencia se advierte que los electores de un Estado local, enrolados en el partido Demócrata o parte de ellos, votan por el candidato Republicano, o viceversa. Esto obedece a la estructuración abierta y libre que tienen los partidos políticos en ese país, que carecen de una conducción centralizada e intensa en el orden nacional como la que presentan los partidos políticos argentinos.

#### 557. Elección presidencial en la Constitución

La reforma constitucional de 1994 modificó sustancialmente el sistema electoral para designar al presidente y vicepresidente de la Nación. Estableció un mecanismo de elección directa.

Los únicos antecedentes que se habían registrado en el país fueron la Constitución de 1949 y la inconstitucional reforma realizada en 1972 por el gobierno de facto. En ambos casos, el presidente y vicepresidente eran elegidos directamente por los ciudadanos. En el primero de ellos, por simple mayoría de votos. En el segundo, por mayoría absoluta de votos y, si ningún candidato obtenía esa mayoría, se realizaba una segunda elección directa de la que participaban los dos candidatos que habían obtenido más votos en la primera.

El art. 94 de la Constitución establece que el presidente y vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo. La elección es por fórmula (arts. 96, 97 y 98 Constitución Nacional), y resulta electa la que obtiene, por lo menos, el 45% de los votos afirmativos válidamente emitidos, o el 40% de esos votos siempre que registre una diferencia mayor del 10% de votos respecto de la fórmula que le sigue en el número de votos (art. 98 CN).

Ese porcentaje del 10% se determina sobre la totalidad de los votos válidos emitidos afirmativamente en el proceso electoral, y no solamente sobre los que favorecieron a las dos fórmulas más votadas. Por votos válidos afirmativos se entiende todos aquellos cuya validez no fue desestimada y que se pronunciaron por una fórmula determinada. Quedan al margen los votos anulados y los votos en blanco.

Si ninguna de las fórmulas alcanza la mayoría prevista por los arts. 97 y 98 de la Constitución, la Ley Fundamental dispone que, dentro de los treinta días de la elección, corresponderá realizar una segunda elección en la cual participarán las dos fórmulas más votadas en el curso de la primera (art. 96 Constitución Nacional).

La elección presidencial se debe realizar dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato presidencial en ejercicio y, a tal fin, todo el territorio nacional será un distrito único (arts. 94 y 95 CN).

La Constitución dispone que la elección será por fórmula presidencial, integrada por candidatos a presidente y vicepresidente. Cada partido político deberá presentar una fórmula única que, conforme al art. 148 de la ley 19.945 —Código Electoral Nacional—, es indivisible.

Esto significa que los ciudadanos cuando votan no pueden modificar la conformación de las fórmulas. Consideramos que no se trata de una exigencia constitucional y que no habría reparos para que, por una nueva ley electoral, se faculte a los ciudadanos para integrar esas fórmulas siempre que estén constituidas por un candidato a presidente y otro a vicepresidente que, con tal carácter, fueron nominados por los partidos políticos que participen del proceso electoral. De todos modos, en este caso, el escrutinio no sería por persona sino por fórmula presidencial.

El art. 153 de la ley 19.945 establece que, en caso de muerte o renuncia de cualquiera de los candidatos de la fórmula que haya sido proclamada electa, se aplicará lo dispuesto por el art. 88 de la Constitución que prevé la acefalía.

La convocatoria a una nueva elección está prevista en el art. 154 del Código Electoral si mueren los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral y antes de producirse la segunda. En cambio, si se opera la renuncia de los dos candidatos de una de las dos fórmulas más votadas, se proclamará electa a la restante (art. 155). Esta solución la calificamos de inconstitucional porque sería posible consagrar una fórmula que hubiera obtenido un 2 2% de los votos, porcentaje que dista del exigido por los arts. 97 y 98 de la Constitución.

La irrazonabilidad constitucional de esta última alternativa quedó claramente expuesta en los comicios presidenciales de 2002. Ninguna de las fórmulas presidenciales obtuvo la mayoría de votos requerida por la Constitución para evitar una segunda vuelta electoral.

Si fallece uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, el partido o alianza que propuso a ese candidato deberá cubrir la vacancia dentro de los siete días corridos para poder concurrir a la segunda vuelta (art. 154).

El art. 155 establece que, en caso de renuncia de uno de los candidatos de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, no podrá cubrirse la vacante producida. No advertimos razón alguna para que no se pueda aplicar la solución legal prevista para el caso de muerte de alguno de los componentes de la fórmula, y permitir al partido o alianza cubrir la vacante con otro candidato. Por otra parte, la norma se contradice con lo establecido en su párrafo final. En efecto, dispone que si la renuncia es del candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente. Sin embargo, como la ley impide cubrir la vacante que deja el vicepresidente, la segunda vuelta se realizará con una fórmula incompleta. También aquí corresponde aplicar la solución prevista en el art. 154 para el caso de fallecimiento o, lo que sería más correcto, disponer la realización de una nueva elección.



Uno de los defectos adicionales que se le imputan al sistema de elección directa establecido por la Ley Fundamental es que, comparativamente con el sistema anterior, lesiona la estructura federal de Estado y la participación del pueblo de las provincias en la elección presidencial. Con el sistema anterior a la reforma constitucional de 1994, la Ciudad y la provincia de Buenos Aires tenían el 31,6% de los electores de presidente y vicepresidente y el resto de las provincias el 68,4%. Con la elección directa, los dos primeros distritos representan, aproximadamente, el 50,1% de los votantes y el resto de los distritos el 49,9%.

#### 558. Condiciones de elegibilidad

El art. 89 de la Constitución establece las condiciones que debe reunir una persona para ser elegida presidente o vicepresidente de la Nación. Dispone: "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".

Con la reforma constitucional de 1994 se suprimió el requisito que imponía la pertenencia del candidato electo a la comunión católica apostólica romana, aunque conserva plena vigencia la obligación impuesta al Gobierno federal de sostener ese culto por ser la religión oficial del Estado (art. 2º Constitución Nacional).

De tal manera, se retomó la fórmula de redacción prevista en el despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853, que no exigía la pertenencia del presidente o vicepresidente a un culto religioso determinado.

La actual solución constitucional es la que mejor se adecua a los tratados internacionales sobre derechos humanos. El art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la reglamentación de los derechos políticos solamente es viable por razones de edad, nacionalidad, residencia, instrucción, capacidad civil o mental, o condena en proceso penal por juez competente. Queda excluida la posibilidad de reglamentar tales derechos por razones religiosas, y el derecho a acceder a un cargo público es un derecho político.

El juramento es un requisito ineludible para que el presidente asuma su cargo. La elección se concreta cuando se realiza el escrutinio definitivo de los comicios. A partir de ese momento queda elegido presidente, pero recién asume el cargo con todas sus potestades cuando presta el juramento que exige el art. 93 de la Ley Fundamental.

Las condiciones de elegibilidad establecidas por el art. 89 de la Constitución y que se deben cumplir al momento de la elección son las siguientes:

1) Haber nacido en el territorio argentino, o en caso de haber nacido en el extranjero, ser hijo de un ciudadano nativo y haber ejercido la opción para ser de nacionalidad argentina. Al considerar la equiparación constitucional entre los argentinos nativos y por opción, entendemos que no hay reparos para que sea elegido presidente un individuo nacido en el extranjero que, a su vez sea hijo de un

argentino por opción siempre que hubiera ejercido esa ciudadanía, al igual que su hijo, al menos seis años antes de la elección presidencial. La cláusula del art. 89 ha sido cuestionada cuando se trata de una persona nacida en el extranjero cuyos padres, o algunos de ellos, es argentino naturalizado. El cuestionamiento se basa en la interpretación asignada a los tratados internacionales sobre derechos humanos que vedan la interpretación restrictiva de estos últimos. No compartimos esa interpretación al considerar la claridad del texto de la Ley Fundamental y el principio que impone su supremacía normativa. De todos modos, se plantea una cuestión dudosa respecto de los hijos argentinos naturalizados que, nacidos en el extranjero, fueron concebidos cuando sus padres residían en el territorio nacional. Si se considera que la existencia de la persona comienza en el momento de su concepción (art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reserva formulada por el art. 2º de la ley 23.849 al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño), se podría entender que la referencia constitucional al nacimiento se refiere al momento en que comienza la vida de una persona y que ella, si fue concebida en territorio argentino, reviste la calidad de argentino nativo.

2) Las demás calidades exigidas para ser elegido senador nacional (art. 55 Constitución Nacional).

2.1) Tener 30 años de edad al momento de la elección.

2.2) Una renta anual de dos mil pesos fuertes o una entrada equivalente.

2.3) Tener seis años de antigüedad en la ciudadanía argentina. Esta condición adquiere particular relevancia como consecuencia de la distinción que efectúa el art. 75, inc. 12, entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía. Consideramos que, cuando se trata de un argentino por opción, ella se debe haber concretado antes de los seis años de la elección presidencial.

2.4) El art. 55 de la Constitución exige, como condición para ser elegido senador, ser natural de la provincia que lo elija o tener dos años de residencia inmediata en ella. Entendemos que la cláusula del art. 55 se debe relacionar con la del art. 89. Así, si se trata de un ciudadano nacido en el territorio argentino, se cumple con el requisito del art. 55 y no es aplicable la exigencia de la residencia. Pero si se trata del hijo de un ciudadano nativo nacido en el extranjero, además de optar por la ciudadanía argentina, es condición que tenga asentado su domicilio habitual en el territorio del país con dos años de antelación, por lo menos, a su elección como presidente. La continuidad de domicilio no se interrumpe con las ausencias temporales por asuntos públicos o privados.

Con respecto a las condiciones de elegibilidad, ellas no pueden ser ampliadas por el Congreso, ni siquiera mediante la reglamentación del principio de idoneidad impuesto por el art. 16 de la Constitución. El único órgano habilitado para apreciar la idoneidad técnica y ética de los candidatos es el pueblo integrado en el cuerpo electoral.

Sin embargo, por razones de inhabilidad política, no pueden ser elegidos presidente aquellos individuos que están purgando una condena penal o quienes

fueron sancionados con una pena principal o accesoria que les impide ejercer cargos públicos durante el lapso de la condena. Otro tanto quienes están comprendidos por la inhabilidad establecida por el art. 36 de la Constitución o, en el caso del art. 60, cuando la remoción de un cargo público esté acompañada por la sanción que lo declare incapaz de ocupar algún empleo de honor, confianza o a sueldo de la Nación.

También están inhabilitados quienes por sentencia judicial, en causa civil o penal, están suspendidos para el ejercicio de derechos políticos.

Las condiciones previstas por la Constitución para la elección de presidente y vicepresidente de la Nación se extienden a los funcionarios que son convocados para ejercer el cargo presidencial en caso de acefalía.

#### 559. Remuneración e incompatibilidades

El art. 92 de la Constitución establece que el presidente y vicepresidente percibirán una remuneración pagada por el Tesoro de la Nación. Esa remuneración no puede ser alterada en el período de sus nombramientos, pero no está exenta del impuesto a las ganancias a menos que la ley fiscal disponga lo contrario.

La remuneración del presidente y vicepresidente la establece por ley el Congreso y ella no puede ser aumentada o reducida. Como excepción a este principio, se admitió en épocas de aguda inflación que ella podía ser aumentada para posibilitar la intangibilidad de su poder adquisitivo.

El art. 92 de la Ley Fundamental dispone que, durante la vigencia de su mandato, el presidente y vicepresidente no podrán ejercer otro empleo, ni recibir otro emolumento de la Nación o de las provincias.

Esta cláusula constitucional se traduce en una incompatibilidad absoluta en el ejercicio de la presidencia y vicepresidencia con cualquier otro cargo gubernamental, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal o en una entidad supraestatal.

La incompatibilidad también se proyecta en forma absoluta sobre las actividades privadas. Podrá ser accionista o titular de empresas, pero no podrá participar en la gestión de ellas, aunque sí en la administración de sus bienes propios o conyugales. Tampoco podrá ejercer profesiones liberales, salvo en salvaguarda de sus propios derechos.

Si las incompatibilidades son anteriores a la elección presidencial, la persona elegida debe remediarlas antes de asumir el cargo. Si se presentan con posterioridad, configuran un acto irregular susceptible de generar la sustanciación de un juicio político.

#### 560. Duración del mandato y reelección presidencial

Antes de la reforma constitucional de 1994, la Ley Fundamental establecía que el presidente y vicepresidente duraban en sus cargos seis años y que no podían ser reelegidos sino con un intervalo de un período. Cumpliendo fielmente esta cláusula

constitucional, fueron factibles las reelecciones de Julio A. Roca, después de doce años de haber cesado su mandato, y la de Hipólito Yrigoyen, tras la conclusión del período presidencial de Marcelo T. de Alvear.

La fuente de esta disposición fue el Proyecto de Constitución de Alberdi. El autor expresaba que una reelección inmediata distorsionaba la esencia de un sistema republicano, porque siempre un presidente dispondrá de los medios necesarios para obtener la reelección para transformar un mandato de seis años en uno de doce.

Posteriormente, Alberdi rectificó su pensamiento y sostuvo que, si tuviera que redactar nuevamente aquella cláusula, prohibiría de manera absoluta toda reelección, incluso después de haber transcurrido el intervalo de seis años, porque "toda reelección presidencial es una forma más o menos encubierta, es un ataque contra el principio republicano, cuya esencia consiste en la movilidad periódica y continua del personal de gobierno".

La Convención reformadora de 1994 modificó la duración del mandato presidencial y posibilitó, asimismo, la reelección inmediata del presidente y vicepresidente, aunque limitada a un período consecutivo. El art. 90 de la Ley Fundamental establece que "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período".

A su vez, el art. 91 de la Ley Fundamental establece que el presidente cesa en el cargo el mismo día en que expira su mandato de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda ser motivo para completarlo más tarde.

El análisis de los arts. 90 y 91 de la Constitución nos induce a sostener que si el presidente renuncia a su cargo antes de concluir el mandato de cuatro años, o si es separado de él, el lapso durante el cual ejerció la presidencia, cualquiera fuera su extensión, deberá ser considerando como si se tratara de un período de cuatro años.

Asimismo, si el presidente renuncia o es separado del cargo al poco tiempo de iniciado su mandato y se opera su reelección antes de haber transcurrido los cuatro años del primer mandato, esa reelección generará el segundo mandato consecutivo que autoriza la Constitución aunque la suma de los lapsos durante los cuales ejerció efectivamente la presidencia no alcance los ocho años.

La regla que establece la duración del mandato presidencial no fue cumplida, tanto antes como después de la reforma constitucional de 1994. Esa anomalía, si bien mereció severas críticas de la doctrina constitucional, fue aceptada por la dirigencia política, sin que los magistrados judiciales se atrevieran a formular las objeciones constitucionales que merecía esa vulneración de la Ley Fundamental, aunque sí para prevenirla con motivo de la postulación de un candidato para un tercer período consecutivo (1) .

El mandato presidencial de Raúl Alfonsín, que debía concluir el 10/12/1989, quedó trunco en julio de ese año cuando se aceptó su renuncia al cargo, así como también la del vicepresidente Víctor Martínez. En vez de aplicar la Ley de Acefalía, se resolvió que el nuevo presidente, que ya había sido electo y que debía acceder al cargo el 10 de diciembre de 1989, lo hiciera el 8 de julio de ese año. En esa oportunidad, la decisión política de la mayoría gobernante residía en considerar que ese mandato se debía extender hasta el 10/12/1995, porque la elección presidencial se había hecho para la cobertura de ese período. Tal solución era inaceptable porque importaba proyectar a un lapso superior el mandato de seis años que preveía la Constitución.

Ese vicio potencial se subsanó con la reforma constitucional de 1994. La disposición transitoria décima dispuso que el mandato del presidente que debía asumir el 8/7/1995 concluiría el 10/12/1999. Como excepción, y sólo para ese caso concreto, se estableció que iba a existir un mandato de cuatro años y cinco meses.

El mandato presidencial de Fernando de la Rúa debía concluir el 10/12/2003. Al renunciar a su cargo en diciembre de 2001, y tras la breve permanencia en el cargo ejecutivo de Adolfo Rodríguez Saa, el 1/1/2002 la Asamblea Legislativa, en virtud de aplicar la Ley de Acefalía, resolvió nombrar presidente a Eduardo Duhalde para ejercer la titularidad del órgano ejecutivo hasta el 10/12/2003, completando así el período presidencial de de la Rúa.

Ante el anuncio de Duhalde sobre la presentación de su renuncia para ser efectiva a partir del 25/5/2003, y la conveniencia de convocar de manera anticipada la elección presidencial, el 28/11/2002 fue sancionada la ley 25.716 modificatoria del régimen de acefalía. Su art. 4º establece que si la acefalía se produce cuando ya existe un presidente electo, éste deberá asumir el cargo acéfalo y ejercer el órgano ejecutivo hasta la terminación del mandato para el cual fue elegido. Añade que el lapso para completar la acefalía no será considerado a los efectos de la prohibición impuesta por el art. 90 de la Constitución respecto a la reelección.

Sobre la base de esta norma reglamentaria, y de jerarquía inferior a la Ley Fundamental, Néstor Kirchner asumió la presidencia el 25/5/2003 con mandato hasta el 10/12/2007 y la posibilidad de ser reelecto hasta el 10/12/2011.

Aquí se advierten dos violaciones constitucionales. Una es la de fijar un período presidencial de cuatro años y siete meses por ley. La otra es permitir la eventual reelección de Kirchner con desconocimiento de las cláusulas contenidas en los arts. 90 y 91 de la Ley Fundamental.

#### 561. Acefalía del Poder Ejecutivo

La acefalía se produce cuando el órgano ejecutivo del gobierno queda desprovisto, en forma definitiva, del titular ordinario que le impone la Constitución.

Conforme al art. 87 de la Ley Fundamental, el titular ordinario del órgano ejecutivo es la persona que fue electa y asumió el cargo de presidente de la República. Si

transitoriamente no puede ejercer esa función por enfermedad o por ausentarse de la Capital, la función presidencial es ejercida por el vicepresidente (art. 88 Constitución Nacional), y si no existe vicepresidente, por el presidente provisorio del Senado conforme está previsto en la Ley de Acefalía.

Si el presidente padece de una enfermedad o queda, transitoriamente, inhabilitado para ejercer su cargo, corresponde que así lo haga saber al Congreso y disponga el ejercicio provisorio de la presidencia por la persona que manda la Constitución. Otro tanto si se ausenta de la Capital y si ese traslado provisorio le impide cumplir debidamente con sus funciones. Pero si el traslado importa ausentarse del territorio del país, debe contar con la autorización del Congreso (art. 99, inc. 18, Constitución Nacional). Durante el receso del órgano legislativo esa autorización no será necesaria, pero deberá responder a razones justificadas de servicio público.

En caso de renuncia aceptada por el Congreso, muerte o destitución del presidente conforme a los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución, asume la jefatura del órgano ejecutivo el vicepresidente de la República hasta concluir el período del mandato que quedó trunco.

El art. 88 de la Constitución también prevé la inhabilidad del presidente, como una causal independiente de la remoción, determinante de la cesación definitiva en su cargo. Algunos autores consideran que si la inhabilidad constituye una hipótesis de mal desempeño del cargo, la cesación en el cargo se debe operar por la vía del juicio político. Pero si responde a razones ajenas a la voluntad del presidente, como sería una enfermedad grave e irreversible, física o psíquica, que le impide proseguir en el ejercicio del cargo, el Congreso puede disponer su cesación en él y su sustitución por el vicepresidente o, en su defecto, aplicar la Ley de Acefalía.

Consideramos que la única vía posible para remover al presidente en caso de inhabilidad o incapacidad es el juicio político. Si aceptamos que la negativa del presidente a presentar su renuncia o pedir una licencia, cuando padece una grave enfermedad, es un acto que se traduce en un ejercicio irresponsable del cargo, debemos admitir que, de manera real o potencial, trae aparejado un mal desempeño aunque no medie dolo o culpa. El art. 53 de la Constitución hace referencia a "causas de responsabilidad" y una de ellas es la permanencia voluntaria y empecinada de una persona que carece, definitivamente o de manera transitoria, de las cualidades mínimas necesarias para conducir la administración de los negocios públicos.

Sin embargo, merced a una interpretación flexible de los arts. 53 y 60 de la Constitución, entendemos que, si la inhabilidad es transitoria, el Senado podría limitar su pronunciamiento a la suspensión y hasta tanto se superen las causas de la inhabilidad. El procedimiento del juicio político es el único que ha previsto la Ley Fundamental para remover al presidente y si bien es cierto que fue establecido para concretar su destitución, no habría reparos para que su aplicabilidad se extendiera a los casos de inhabilidad o incapacidad.

Consideramos que la hipótesis de inhabilidad propiamente dicha solamente se presenta en aquellos casos en que un juez disponga su incapacidad civil por aplicación de los arts. 141 o 152 bis, incs. 1º y 2º, del Código Civil. En tales casos, la incapacidad civil queda equiparada, en cuanto a sus efectos, a la muerte o renuncia del presidente. Pero, sin esa previa declaración judicial, el Congreso no podría inhabilitar al presidente, sino sólo proceder a su remoción por vía del juicio político y sobre la base de la causal de mal desempeño del cargo.

Entendemos que no hay acefalía propiamente dicha cuando quien ejercía la presidencia de la República es reemplazado por el vicepresidente porque, precisamente, una de las funciones que le asigna la Constitución es la de ejercer la titularidad del órgano ejecutivo cuando, en forma transitoria o definitiva, no lo haga quien fue elegido presidente. En tal caso, la titularidad ordinaria del órgano ejecutivo no queda vacante, y ella debe ser ejercida por el vicepresidente hasta la conclusión del mandato presidencial.

El primer caso de acefalía parcial en nuestro proceso constitucional se verificó el 2/1/1868 cuando falleció el vicepresidente Marcos Paz. Estaba a cargo de la presidencia debido a que Bartolomé Mitre comandaba las tropas aliadas en la guerra contra el Paraguay. Como el Congreso se hallaba en receso, los ministros del Poder Ejecutivo Lucas González, Guillermo Rawson, Marcelino Ugarte y José Evaristo Uriburu acordaron emitir una resolución para disponer que, hasta tanto Mitre retornara para hacerse cargo del Poder Ejecutivo, su ejercicio quedaba a cargo de ellos para dictar los actos que fuesen indispensables para el funcionamiento regular de la administración. Al reasumir el cargo presidencial, el 18/1/1868, Mitre ratificó los actos de sus ministros.

Ese hecho determinó la sanción, el 19/9/1868, de la ley 252 de Acefalía. Mediante ella se reglamentó el art. 88 de la Constitución, que contempla las siguientes hipótesis:

- 1) Si el presidente deja de ejercer su cargo, en forma definitiva o transitoria, siempre será sustituido por el vicepresidente.
- 2) Si el presidente deja de ejercer su cargo transitoriamente y no puede ser sustituido por el vicepresidente, el Congreso por ley determinará qué funcionario ejercerá el cargo presidencial hasta que reasuma sus funciones el presidente o hasta que el cargo presidencial pueda ser ejercido por el vicepresidente.
- 3) Si el presidente y vicepresidente dejan de ejercer sus cargos en forma definitiva, el Congreso por ley determinará qué funcionario ejercerá la presidencia hasta que un nuevo presidente sea electo.

La ley 252 establecía que, en caso de acefalía, por falta de presidente y vicepresidente, el Poder Ejecutivo sería desempeñado por el presidente provisorio del Senado. A falta de éste, por el presidente de la Cámara de Diputados y, a falta de ambos, por el presidente de la Corte Suprema de Justicia. En estos casos, el funcionario convocado para ejercer el Poder Ejecutivo debía, dentro de los treinta días a su instalación en el mando, llamar a una nueva elección de presidente y

vicepresidente. Pero si la inhabilidad del presidente y vicepresidente fuera transitoria, ejercía el Poder Ejecutivo hasta la conclusión de esa inhabilidad o, en su caso, del mandato presidencial.

En 1975 fue sancionada la ley 20.972 que derogó a la ley 252 y que a su vez fue modificada, el 28/11/2002, por la ley 25.716.

El régimen legal vigente reproduce el de la ley 252 respecto al desempeño transitorio de la presidencia. Pero, a diferencia de aquélla, no impone una convocatoria para la elección popular del presidente y vicepresidente, sino que faculta al Congreso, reunido en Asamblea, para nombrar a un presidente por mayoría absoluta de votos y sobre la base de un quórum compuesto por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras. En tal caso, la designación debe recaer sobre alguna persona que, al tiempo que reúne las cualidades para ser titular del Poder Ejecutivo, ejerza el cargo de senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia.

Esta designación puede no ser provisoria sino definitiva, y el mandato de la persona electa se extiende hasta la conclusión del período presidencial en cuyo curso se produjo la acefalía. Tal solución se impone porque, si se pretendiera generar un nuevo período presidencial otorgando un mandato de cuatro años a la persona designada por la Asamblea, se estaría soslayando el principio de la elección popular previsto por los arts. 94 y 98 de la Ley Fundamental. Por el contrario, si se limitara el mandato de la persona designada al imponerle el deber de convocar a elección de presidente y vicepresidente, carecería de sentido la modificación introducida en este aspecto a la ley 252. Esa fue la voluntad del legislador, aunque entendemos que no se compadece con el texto del art. 88 de la Constitución.

Por otra parte, el art. 6º de la Ley de Acefalía distingue la situación del funcionario que asume provisoriamente la presidencia al producirse la vacancia del órgano ejecutivo, de aquel que es designado por la Asamblea Legislativa. El primero actúa con el título de presidente provisorio del Senado o, según el caso, de presidente de la Cámara de Diputados o de presidente de la Corte Suprema de Justicia, con el agregado de "en ejercicio del Poder Ejecutivo". En cambio, el segundo es "designado para ejercer la Presidencia de la República" y debe prestar el juramento que el art. 93 de la Constitución impone al presidente y vicepresidente en el momento de tomar posesión de su cargo.

La norma legal, reglamentaria del art. 88 de la Ley Fundamental, puede merecer reparos constitucionales en la medida que impone un presidente definitivo que no fue elegido por el pueblo conforme a los arts. 94 a 98 de la Constitución.

¿Cómo funcionó la Ley de Acefalía en 2001 y 2002?

Con motivo de la renuncia presentada por el ex presidente Fernando de la Rúa, asumió interinamente la presidencia de la República el presidente provisorio del Senado, quien convocó a la Asamblea Legislativa. Reunida el 23/12/2001, resolvió: 1) Convocar a la elección de una fórmula presidencial para el 3/3/2002; 2)

Imponer, para la elección, el sistema de lemas; 3) disponer que el lema ganador, en primera o segunda vuelta, conforme a los arts. 94 a 98 de la Constitución, integraría la fórmula presidencial con mandato hasta el 10/12/2003; 4) designar presidente provisorio a Adolfo Rodríguez Saá hasta el 5/4/2002, momento en que debería asumir el Poder Ejecutivo la fórmula del lema ganador de las elecciones.

La decisión de la Asamblea Legislativa era cuestionable constitucionalmente, porque establecía un nuevo sistema electoral para lo cual no estaba facultada. En efecto, las normas electorales sólo pueden ser fijadas por ley del Congreso dictadas mediante la actuación separada de sus cámaras.

Mal podía la Asamblea Legislativa ejercer funciones propias del Congreso y que, por otra parte, no son susceptibles de delegación legislativa conforme a una interpretación sistemática de los arts. 76 y 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental. La única función que, en este caso, tiene la Asamblea Legislativa reside en aceptar la renuncia del presidente de la República y nombrar un nuevo presidente definitivo para completar el período trunco.

Por otra parte, el nombramiento de un presidente definitivo hasta el 5/4/2002, si bien configuraba una decisión aceptable según la ley 252, no lo era en función de la Ley de Acefalía vigente que extiende el mandato hasta la conclusión del período presidencial trunco.

Una vez producida la precipitada renuncia de Rodríguez Saá, el 1/1/2002 nuevamente se reunió la Asamblea Legislativa bajo la presidencia provisional del presidente de la Cámara de Diputados. En esa oportunidad, la titularidad del órgano ejecutivo le fue asignada al entonces senador Eduardo Duhalde, con cargo de completar el período presidencial que concluía el 10/12/2003.

Sin perjuicio de los reparos que podía merecer el texto de la ley 20.972, la actuación de la segunda Asamblea Legislativa se ajustó estrictamente a su contenido.

Consideramos, conforme a la exigencia impuesta por el art. 88 de la Constitución, que el funcionario elegido por la Asamblea, si la vacancia presidencial es definitiva, debe convocar a una elección presidencial porque no está habilitado constitucionalmente para concluir el lapso del mandato vigente.

#### 562. El vicepresidente de la Nación

La Constitución prevé, como reemplazante natural del presidente de la República, a un vicepresidente que es elegido juntamente con aquél (arts. 89 a 93). Para su elección, debe reunir todas las condiciones que la Constitución impone al presidente; no lo deben alcanzar las incompatibilidades establecidas para éste último; y debe recibir una remuneración a cargo del Tesoro de la Nación.

¿Qué órgano del gobierno integra el vicepresidente? Desde ya, y a diferencia de lo que acontece en los sistemas parlamentarios, la jefatura de nuestro órgano ejecutivo es unipersonal. Tal es lo que resulta de nuestra doctrina constitucional y del art. 87 que, de manera categórica, expresa que "El Poder Ejecutivo de la Nación

será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación Argentina".

Consideramos que el vicepresidente también integra el Poder Ejecutivo porque, sin mengua de las funciones que le asigna la Constitución, su rol fundamental es el de sustituir, temporal o definitivamente al presidente en la jefatura del Poder Ejecutivo cuando se presenta alguna de las hipótesis del art. 88 de la Ley Fundamental. Por ende, para su elección debe reunir todas las condiciones que la Constitución le impone al presidente; no lo deben alcanzar las incompatibilidades establecidas para éste último; y debe recibir una remuneración del Tesoro de la Nación. Pero, si bien integra el Poder Ejecutivo, disfruta de plena independencia para ejercer las funciones que le asigna la Ley Fundamental. Así como el vicepresidente no puede interferir la labor del presidente, éste tampoco puede limitar las potestades constitucionales de aquél.

La Constitución le atribuye dos funciones fundamentales:

1) Ejercer la presidencia del Senado.

2) Reemplazar al presidente de la Nación en los supuestos del art. 88.

Si bien la segunda de tales funciones es potencial, no acontece lo propio con la primera. El art. 57 de la Ley Fundamental dispone que el vicepresidente de la Nación es el presidente del Senado federal, con todas las prerrogativas propias del cargo. El otorgamiento de esa función respondió al propósito de preservar la igualdad de las provincias en el Senado y evitar así que alguna de ellas pudiera tener un rol dominante sobre las restantes por ser investido como presidente del cuerpo alguno de sus representantes o para evitar que algún senador por ser presidente del cuerpo estuviera privado del derecho a votar, salvo si se produjera un empate.

El vicepresidente ejerce la presidencia del Senado, pero no integra propiamente dicho órgano. No puede ser objeto de las correcciones o remoción que establece el art. 66 ni del desafuero citado en el art. 70. Su remoción tampoco puede ser dispuesta por el titular del Poder Ejecutivo, como acontece en el caso de los ministros y del Jefe de Gabinete. Ella sólo puede concretarse por la vía del juicio público que imponen los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución.

Sus atribuciones, como presidente del Senado, no son meramente formales. Son funciones administrativas o de orden interno.

En el curso de las sesiones, no puede discutir ni opinar sobre los temas objetos de debate o deliberación. No tiene voz ni voto, salvo en caso de producirse un empate, en cuyo supuesto la Constitución lo habilita para votar (art. 57). Su presidencia del Senado se suspende, transitoria o definitivamente, cuando asume la jefatura del Poder Ejecutivo, o cuando es sometido a juicio público —político— el presidente de la República.

La facultad de dirimir un empate mediante la emisión del voto puede tener particular relevancia en el proceso legislativo. Es una potestad que los

constituyentes quisieron otorgar únicamente al vicepresidente, pero no al presidente provisorio del Senado que lo conduce en ausencia de aquel funcionario. El principio de igualdad de las provincias, y desde 1994 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que rige la integración del Senado, no permite otorgar un voto adicional al representante de alguna de ellas. Sin embargo, la práctica política se apartó de esta interpretación constitucional. El 17/9/1959, el Senado resolvió que cuando su presidencia sea ejercida por un senador, "corresponde que el mismo vote en las cuestiones sometidas a resolución de la Cámara, ejerciendo en caso de empate en la votación el derecho de decidir la misma, conforme a lo dispuesto por el art. 173 del reglamento". A partir de entonces, fue modificado el Reglamento del Senado otorgando, en caso de empate en la votación, un voto adicional al senador que ejerce su presidencia.

Esta anomalía podría resultar sensiblemente reducida si, al quedar vacante el cargo de vicepresidente, se convocara inmediatamente a una elección para su cobertura. Sin embargo, en nuestra historia constitucional, la única vez que se procedió a la cobertura del cargo de vicepresidente fue en 1953. Con motivo del fallecimiento de Hortensio Quijano, fue elegido Alberto Tesaie.

La segunda función del vicepresidente consiste en ejercer la titularidad del órgano ejecutivo, ya sea en forma transitoria o definitiva, en caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente. A esas circunstancias se añade la causal de inhabilidad citada por el art. 88 de la Constitución.

En caso de muerte del presidente, la titularidad del Poder Ejecutivo la asume el vicepresidente previa comunicación al Congreso.

Si el presidente renuncia a su cargo, la asunción del vicepresidente está condicionada a que el Congreso acepte aquélla, reunidas ambas Cámaras en Asamblea (art. 75, inc. 21, CN).

En caso de enfermedad el presidente, previa comunicación al Congreso, pondrá en posesión del cargo al vicepresidente.

Si bien el art. 88 de la Constitución prevé la asunción por el vicepresidente cuando el titular del órgano ejecutivo se ausenta de la Capital, mediante una interpretación dinámica de la Ley Fundamental y por aplicación de su art. 99, inc. 18, se entiende que aquélla solamente se produce cuando el presidente se ausenta del territorio de la Nación.

¿Es indispensable que el presidente y el vicepresidente formen parte de una sola agrupación política? No es indispensable, pero sí conveniente para dotar de mayor solidez política al funcionamiento del órgano ejecutivo del gobierno y evitar las suspicacias que puede acarrear la rivalidad política entre ambos.

Sin embargo, provengan o no de una misma agrupación política, es posible que existan diferencias entre ambos sobre la conducción gubernamental del órgano ejecutivo, o sobre la forma de ejercer la presidencia del Senado.

No siempre existió una comunidad de ideas y acciones entre el presidente y vicepresidente, lo cual, salvo alguna excepción, en modo alguno perturbó el normal funcionamiento del orden constitucional ni trajo aparejado un riesgo para la gobernabilidad.

¿Está obligado el vicepresidente a seguir las órdenes o instrucciones del presidente cuando ejerce la jefatura del Senado? Entendemos que no. La cuestión fue ampliamente debatida con motivo de la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de convalidar, legislativamente, resoluciones ministeriales que, por vía de delegación, imponían "retenciones" a la exportación de productos agrarios que configuraban derechos o impuestos de aduana. La Cámara de Diputados convalidó tales resoluciones, en particular la 125 del Ministerio de Economía. El 17/7/2008 se registró un empate en el Senado. Al desempatar la votación, el vicepresidente de la República, en su carácter de presidente del Senado, votó por el rechazo del proyecto de ley que propiciaba la ratificación.

No existe norma constitucional alguna que obligue al vicepresidente a seguir las instrucciones u órdenes del presidente en caso de ejercer el voto que le otorga la Ley Fundamental para el caso de concretarse el empate en la votación del Senado. Tampoco para los legisladores. En rigor, dentro de una República, cada uno de ellos tiene el deber de votar conforme a las instrucciones que le imparta su conciencia para satisfacer el bien común.

#### 563. La institución ministerial

Para cumplir con sus funciones el presidente cuenta con la colaboración directa e inmediata de sus ministros, cuya gravitación en el proceso político aumenta en igual forma que la del presidente. En efecto, ese crecimiento y especificación de las funciones ejecutivas han jerarquizado la labor ministerial, traduciéndola en un rol de carácter indispensable para la realización de los aspectos más técnicos y complejos de la función gubernamental.

La modalidad particular adoptada por la Constitución Nacional para la institución ministerial, al establecer ministros responsables que refrendan y legalizan los actos del presidente y que asisten a las sesiones legislativas al tiempo que pueden ser interpelados por las Cámaras, marca una diferencia pronunciada con el presidencialismo de los Estados Unidos de América. Si bien los constituyentes adoptaron el modelo norteamericano en cuanto a la implantación del sistema presidencialista, se advierte la influencia ejercida por los sistemas parlamentarios europeos en cuanto a las características atribuidas a la institución ministerial.

Por otra parte, la institución ministerial argentina reviste jerarquía constitucional. La Constitución Nacional, en virtud de seguir los lineamientos del Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado de 1815, del Estatuto Provisional del año 1817 y de la Constitución de 1826, dedica una porción importante de su texto a reglar la institución ministerial, apartándose así del reglamento de 1811 y de la Constitución de 1819 que se limitaban a otorgar al titular del Poder Ejecutivo la facultad de nombrar y remover a sus ministros.

#### 564. Integración de los ministros en el órgano ejecutivo

Frente al dualismo existente entre el titular de la función ejecutiva y su gabinete, que tuvo origen en las monarquías constitucionales del siglo XIX y que caracteriza al sistema parlamentario, y el sistema presidencialista norteamericano donde el "gabinete" es una simple agrupación de consejeros y jefes de departamentos a los cuales el presidente puede o no requerir su colaboración, ya que siempre asumirá la responsabilidad política en forma personal y exclusiva, encontramos el sistema de ministerio constitucional donde si bien el órgano ejecutivo es unipersonal en cuanto a su titularidad, está sujeto a un control interno de sus ministros.

Nuestra doctrina constitucional es prácticamente uniforme al destacar que los ministros no ejercen la función ejecutiva y que ésta es asignada exclusivamente al presidente.

Es cierto que la lectura del texto constitucional revela la existencia de una aparente contradicción entre su art. 87 y los arts. 100 y 102. El primero dispone que el presidente desempeñará el Poder Ejecutivo; el segundo impone el refrendo y la legalización ministerial para que los actos del presidente tengan eficacia; el tercero establece que los ministros son responsables por los actos que legalizan y, solidariamente, por los que acuerdan con sus colegas.

La voluntad de los constituyentes debe ser coordinada con el articulado de la Constitución y, en particular, con su art. 87 que categóricamente expresa que "El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación Argentina", consagrando en tal forma el carácter unipersonal del Poder Ejecutivo, que es consecuente con el sistema presidencialista que adoptó la Constitución.

Los ministros, si bien forman parte del órgano ejecutivo, no lo ejercen ni son sus titulares. El acto de refrendar o de legalizar al cual alude el art. 100 no equivale al ejercicio del Poder Ejecutivo sino a su control en virtud de velar para que él no se aparte de la Constitución, en un todo de acuerdo con los principios que configuran al sistema republicano de gobierno.

El presidente es el único titular del Poder Ejecutivo y es el único que puede ejercer la función ejecutiva del gobierno. Bajo su dependencia, los ministros integran el órgano ejecutivo con el carácter de colaboradores dotados de jerarquía constitucional. Sus funciones son las de colaborar, y es recaudo republicano el que estén dotados de la suficiente independencia de espíritu como para controlar la actuación del presidente al negarse a participar en la ejecución de aquellos actos que se oponen al texto de la Constitución o al interés de la Nación.

#### 565. Divisiones ministeriales

Uno de los temas que ha suscitado más controversias en nuestra doctrina constitucional es el que se refiere a las divisiones ministeriales que establecía la Constitución. Claro está que la controversia apunta a la oportunidad y conveniencia del texto constitucional ya que, jurídicamente, el tema está agotado.

La Constitución de 1853/60, en su art. 87, preveía la existencia de cinco ministerios: Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, Guerra y Marina, y Justicia, Cultos e Instrucción Pública y, en su consecuencia, el 11/8/1856 fue sancionada la primera Ley Orgánica de Ministerios (ley 80).

En el año 1898, y tras un interesante debate producido en el seno de la Convención Constituyente, se resolvió modificar el entonces art. 87 de la Constitución y elevar a ocho el número de los ministerios, al tiempo que se facultó al Congreso para determinar el ámbito de cada uno de ellos a fin de dotar de mayor elasticidad al sistema constitucional de manera que permitiera obtener una respuesta rápida y satisfactoria a los requerimientos provenientes de las condiciones y el desarrollo, esencialmente dinámicos, del país.

En consideración de la claridad de los antecedentes constitucionales, así como los argumentos expuestos en la Convención Constituyente de 1898 y el texto del entonces art. 87 de la Constitución, no era posible, desde el punto de vista constitucional, la existencia de un número de ministerios distinto al de ocho.

Sobre el particular me atrevo a afirmar que los hechos le han dado la razón a nuestros constituyentes. Cada vez que los gobiernos se apartaron de los preceptos de la Constitución de 1853/60 crearon y destruyeron en muy poco tiempo infinidad de ministerios, lo que demuestra que tales reformas respondieron tan sólo a elucubraciones teóricas y no a necesidades reales, a intereses políticos sectoriales y no al interés global de la Nación. Es suficiente con verificar la periodicidad de las leyes de ministerios.

Así, con motivo de la reforma constitucional de 1898, ese año fue sancionada la ley 3727 que, hasta el día de hoy, es modelo de concisión y claridad en esta materia. En 1949 el número de los ministerios se elevó a veinte (ley 13.529); en 1952 a veintuno (ley 14.121); dos años después su número fue reducido a dieciséis (ley 14.303); en 1958 fueron establecidos ocho ministerios (ley 14.439); en 1966 se optó por cinco ministerios (ley 16.956); tres años después su número se elevó a ocho (ley 18.416), y en 1971 se fijó en once (ley 19.064), para luego ampliarlo a doce ese mismo año (ley 19.320). En 1973 volvimos a tener ocho ministerios (ley 20.524), cantidad que se elevó a nueve en 1976 (ley 21.431).

Con la reforma de 1994 se ha impuesto el criterio del ministerio legal porque el art. 100 dispone que el número y la competencia de los ministros será establecido por ley del Congreso. La ley 22.520, objeto de sucesivas reformas, dispone la existencia de trece ministerios.

#### 566. Designación y remoción de los ministros

El art. 99, inc. 7º, de la Constitución otorga al presidente la facultad de nombrar y remover, por sí solo, a los ministros. No se trata de la única disposición normativa sobre el tema, ya que debe ser completada por los arts. 53 y 60 de la Constitución. El primero le otorga a la Cámara de Diputados el derecho de acusar, entre otros, a los ministros en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes,

generando así el juicio político. El segundo le otorga al Senado la potestad de sentenciar en el juicio político y destituir al acusado y, eventualmente, declararlo incapaz para ocupar cualquier empleo de honor, confianza o a sueldo de la Nación.

El nombramiento de los ministros es una facultad privativa del presidente sin que se pueda condicionar su ejercicio a la intervención de los restantes poderes gubernamentales. Tampoco puede mediar oposición del ministro removido por carecer de un derecho subjetivo a la permanencia en el cargo.

La Constitución no establece las condiciones y cualidades que deben reunir los ministros, al igual que lo hace con los jueces de los tribunales inferiores de la Nación que integran y ejercen el Poder Judicial.

La única condición de carácter negativo la encontramos en el art. 105 que establece que los ministros no pueden ser senadores ni diputados sin hacer dimisión de sus empleos. Si bien una interpretación literal del texto puede conducir al absurdo de considerar excluida la incompatibilidad para el senador o diputado que es nombrado ministro, tal supuesto está contemplado por la cláusula constitucional cuyo objetivo es el de garantizar la separación entre los órganos ejecutivo y legislativo de gobierno, en concordancia con el sistema presidencialista que adopta la Constitución en oposición al sistema parlamentario donde existe una conexión directa entre los ministros y el parlamento.

En la doctrina constitucional, autores destacados, como Germán Bidart Campos, afirman que la Constitución, al no prever las condiciones que deben reunir los ministros para su designación, coarta la posibilidad de su reglamentación legislativa y la libra a la plena discrecionalidad del Poder Ejecutivo. Sin embargo, consideramos que no existe reparo constitucional para que, por una ley reglamentaria, se precisen las condiciones razonables que debe reunir una persona para tornar viable su designación como ministro. No es posible cuestionar la potestad del órgano legisferante para reglamentar el recaudo de la idoneidad que establece el art. 16 de la Constitución cuando se trata de personas llamadas a ejercer la función ministerial.

La potestad del presidente para designar a sus ministros tiene naturaleza política y carácter discrecional. Pero la discrecionalidad no equivale a la irrazonabilidad, a la arbitrariedad o al capricho. Ningún órgano de poder puede imponer al presidente de la República que la designación de sus ministros recaiga sobre tal o cual persona, pero esa designación está condicionada por el recaudo de la idoneidad cuyo contenido y cuya reglamentación incumben exclusivamente al órgano legisferante.

Sin perjuicio de las incompatibilidades constitucionales y legales, y aunque aceptemos el carácter discrecional que reviste el nombramiento de los ministros, entendemos que semejante potestad está sujeta a dos límites:

1) El ministro debe ser mayor de edad. Teniendo en cuenta la participación que se le asigna en la conformación de ciertos actos gubernamentales, debe tener plena capacidad conforme a la regulación del Código Civil.

2) El ministro no puede estar alcanzado por alguna de las inhabilidades que establece la ley para el acceso a cargos públicos.

La remoción de los ministros también es una facultad privativa del presidente. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el acto de la designación que puede ser objeto de reglamentación legislativa, por esa vía no pueden fijarse las condiciones a las que quedará supeditado el acto del presidente disponiendo la remoción o aceptación de la renuncia de un ministro. La remoción de los ministros se funda en razones estrictamente políticas desvinculadas de sus condiciones intelectuales o morales.

La facultad que tiene el presidente para remover por sí solo a los ministros tiene una sola limitación. Es la que establece el art. 60 de la Constitución al otorgar al Senado la potestad de destituir en juicio político a los ministros.

#### 567. Incompatibilidades

Si bien la Constitución no establece las condiciones para ser designado ministro, conforme a la legislación civil deben tener plena capacidad jurídica para la ejecución de los actos correspondientes a sus funciones. Asimismo, no podrían ser designados ministros quienes como consecuencia de una sanción penal están inhabilitados para ocupar cargos públicos, ni las personas que están purgando penas privativas de libertad por sentencia firme.

Al margen de estas incompatibilidades, la ley 22.520 de Ministerios establece que los ministros, secretarios y subsecretarios no pueden ejercer actividades comerciales, negocios, empresas o profesiones vinculadas con los poderes, organismos o empresas nacionales, provinciales y municipales, con excepción de la docencia (art. 24).

Tampoco pueden intervenir en procesos judiciales o administrativos o gestiones en las cuales sean parte la Nación, las provincias o los municipios, ni desempeñar actividades en las cuales, sin estar comprometido el interés del Estado, su condición de funcionario pueda influir en la decisión de la autoridad competente o alterar el principio constitucional de igualdad (art. 25).

A ellas se añaden las incompatibilidades establecidas por la Constitución (art. 105), ya sea en forma directa o implícita, y las inhabilidades resultantes de aquellas leyes que vedan el acceso a los cargos públicos a quienes fueron condenados por la comisión de ciertos delitos.

Consideramos que no pueden ser ministros quienes desempeñan cargos públicos, sean o no electorales, nacionales, provinciales o municipales, sin renunciar previamente a ellos. En la práctica constitucional se acepta que tales funcionarios, en particular los legisladores, pueden ser ministros si el órgano que integran lo acepta mediante la concesión de una licencia.

#### 568. Funciones ministeriales

Las funciones ministeriales se agrupan en cuatro categorías:



- 1) Controlar la actuación del presidente a través del refrendo y la legalización de sus actos.
- 2) Colaborar y asesorar al presidente en el ejercicio de sus funciones de gobierno.
- 3) Dictar resoluciones referentes al régimen económico y administrativo de sus departamentos.
- 4) Representar al Poder Ejecutivo ante el Congreso dando cumplimiento a sus deberes de información y rendición de cuentas.

#### 569. Control del presidente

El art. 100 de la Constitución dispone que los ministros "refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia". El art. 5º de la ley 22.520 añade que cada ministro es responsable de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas. Esta previsión constitucional también la encontramos en el Estatuto de 1815 (secc. III, cap. II, art. 5º), en el Estatuto de 1817 (secc. III, cap. I, art. 33) y en la Constitución de 1826 (art. 90).

Refrendar significa autorizar un despacho mediante la firma de una persona habilitada para tal función. Por su parte, legalizar significa comprobar y certificar la autenticidad de un documento o de una firma.

Se trata de la función más importante asignada a los ministros, de naturaleza esencialmente política, y cuya finalidad más relevante es la de controlar los actos del Poder Ejecutivo.

El recaudo impuesto por el art. 100 de la Constitución no significa que el acto del Poder Ejecutivo requiera la participación de varias voluntades, ya que la función del ministro consiste en velar por la constitucionalidad del acto y evitar que, por su intermedio, sean vulnerados los intereses superiores de la Nación. Es cierto, como señalara Joaquín V. González, que al poder el presidente nombrar y remover a sus ministros, la negativa del refrendo puede solucionarla en virtud de separar al ministro reticente. Pero aquí se patentiza la función de control político que ejercen los ministros en atención a la reacción que la conducta presidencial puede generar en los diversos grupos y factores de presión o de opinión, con su consecuente costo político.

Para la Constitución el ministro no es un simple instrumento del presidente, sino un funcionario jerarquizado que, si está dotado de la suficiente fuerza espiritual que impone el principio de idoneidad, tendrá la autoridad necesaria para oponerse a los actos arbitrarios y perniciosos que pretenda imponer el presidente.

#### 570. Colaboración y asesoramiento

La función de colaboración y asesoramiento, que es la que ha originado históricamente a la institución ministerial, no está prevista expresamente en la Constitución.

Esta razonable imprevisión constitucional permite que las formas y modalidades para su concreción puedan ser reglamentadas por vía legislativa. La única limitación está impuesta por la necesidad de no desnaturalizar al sistema presidencialista que estructura la Constitución para el ejercicio del Poder Ejecutivo.

#### 571. Resoluciones administrativas

Si bien la organización del Poder Ejecutivo es unipersonal y los ministros no pueden ejercer las funciones políticas que la Constitución atribuye al presidente, ellos no son simples secretarios administrativos de este último. Es cierto que por sí solos no pueden dictar resoluciones de naturaleza política, pero pueden adoptarlas en lo referente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos (art. 103).

En este aspecto también se advierte el margen amplio que otorga la Constitución a la reglamentación legislativa, con la única limitación de no atribuir por vía de una delegación facultades que son privativas de las funciones constitucionales del presidente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que, si bien las resoluciones ministeriales pueden determinar la forma como se entiende que debe cumplirse una ley, no tienen ni la autoridad ni la fuerza para reglamentar una ley desde que solamente puede hacerlo el presidente; ni es posible suplir válidamente, mediante una resolución ministerial, la falta de disposiciones reglamentarias de una ley; ni se puede reconocer a una decisión ministerial el alcance reglamentario que la Constitución atribuye al Poder Ejecutivo (2).

#### 572. Representación ante el Congreso

Conforme a la Constitución los ministros actúan ante el Congreso como voceros del titular del Poder Ejecutivo, dando cumplimiento a sus deberes de información y rendición de cuentas.

Esta función de los ministros se concreta en tres casos: 1) Pueden ser requeridos por cada una de las Cámaras del Congreso para ofrecer personalmente explicaciones e informes (art. 71); 2) pueden concurrir espontáneamente a las sesiones del Congreso y participar en sus debates (art. 106); 3) deben presentar anualmente, cuando el Congreso abre sus sesiones, una memoria del curso de los negocios en sus respectivos departamentos (art. 104).

Cuando los ministros representan al Poder Ejecutivo ante el Congreso, no los alcanzaría la prerrogativa que establece la Ley Fundamental para los legisladores, en particular la contemplada en el art. 68. Cuando los ministros asisten a las Cámaras del Congreso para ofrecer las explicaciones que les son requeridas, o cuando presentan su informe anual con motivo de la apertura de las sesiones ordinarias, no ejercen una función legislativa. Quien sí la está ejerciendo es el Congreso, pues concreta un control sobre la actuación del órgano ejecutivo. Asimismo, cuando el ministro concurre espontáneamente a las sesiones de las

Cámaras para explicitar cuál es la opinión del órgano ejecutivo sobre los temas que se debaten, tampoco ejerce una función legislativa sino, a lo sumo, un control sobre la actuación del Congreso.

Como la interpretación de las prerrogativas debe ser restrictiva, y en tanto no existe cláusula alguna en la Ley Fundamental que permita extender a los ministros las prerrogativas congresuales, estos últimos no podrían ser amparados por aquéllas. Así lo resolvió la sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal (3) .

Al decidir el caso "Cavallo" (4) , la Corte Suprema, en virtud de seguir el criterio expuesto por el juez Carlos Fayt en un caso anterior (5) , adoptó un criterio diferente.

En el voto de la mayoría se destacó que "la inmunidad de las opiniones de los legisladores para el desarrollo de la función legislativa se revela inmediatamente como necesaria para el cumplimiento de tales fines; por lo tanto, se debe considerar a dicha inmunidad en el sentido más amplio y absoluto (Fallos 1:297, consid. 1). Que no obstante lo antes dicho respecto de la citada disposición, cabe precisar la terminología utilizada distinguiendo, conforme a su naturaleza, entre la inmunidad e indemnidad de ciertos funcionarios, pues mientras a través de la primera se impide toda coerción sobre la persona del legislador sin un previo procedimiento a cargo de la respectiva Cámara, la segunda, en cambio, opera cuando los actos o ciertos actos de la persona quedan directamente fuera de la responsabilidad penal".

Parece razonable que la inmunidad o indemnidad del art. 68 se extienda a los ministros por las expresiones que emitan en el Congreso con motivo del ejercicio de las previsiones contenidas en los arts. 71 y 106 de la Constitución. Pero a igual resultado y sin necesidad de efectuar semejantes elucubraciones se puede arribar mediante la aplicación del estándar de la real malicia expuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, o el resultante del caso "Barr v. Matteo" (6) citado en el caso "New York Times v. Sullivan".

En "Barr v. Matteo" la Corte sostuvo que las expresiones de un funcionario público tienen un privilegio absoluto si son hechas dentro del amplio marco de sus atribuciones. Consecuentemente, todos los funcionarios se encuentran protegidos a menos que se pruebe su real malicia: emitir aseveraciones agraviantes que, el damnificado, prueba que son inexactas y que fueron efectuadas con dolo directo o eventual del funcionario. La razón de esta prerrogativa se debe a que, de otro modo, la amenaza de juicios penales y civiles inhibiría una vigorosa y efectiva actuación de los funcionarios públicos.

Mediante la aplicación de esta regla no sería necesario acudir a la invocación del los arts. 68, 71 y 106 de la Constitución. Tampoco a la ley 25.320 de Fueros que incluye, indebidamente, a los ministros como sujetos pasivos de su articulado, porque mal podemos sostener que ellos disfrutaban de los fueros reconocidos a los legisladores.

573. El jefe de gabinete

La reforma constitucional de 1994 introdujo, en el art. 100 de la Ley Fundamental, una institución novedosa para nuestro régimen constitucional, que es el jefe de gabinete.

El jefe de gabinete es una institución propia de los sistemas parlamentarios. Bajo la denominación de primer ministro, canciller o presidente, se designa a la persona que, junto a sus ministros integrados en gabinete, ejerce la porción más importante de la función ejecutiva del gobierno. Es elegido directamente por el parlamento o por la persona con la cual comparte la titularidad del órgano ejecutivo que, en tales sistemas, es el rey o presidente. La designación siempre recae sobre el líder del partido o coalición política mayoritaria en el parlamento, para evitar su inmediato rechazo mediante un voto de censura o denegatorio de confianza. En ambos casos, se opera la renuncia del gabinete.

En el parlamentarismo, el jefe de gabinete no es un simple ministro, o un superministro, o un funcionario dependiente jerárquicamente del presidente o de la corona. Es, junto a alguno de estos últimos, titular del órgano ejecutivo, porque en los sistemas parlamentarios la titularidad de ese órgano no es unipersonal sino bicéfala.

Si bien se trata de una institución propia de los sistemas parlamentarios, su inclusión en el texto constitucional no hace variar al sistema presidencialista que establece, debido a que las funciones, poderes y modalidades del jefe de gabinete difieren sustancialmente de las que le son propias en un régimen parlamentario.

El jefe de gabinete es una figura híbrida en la cual, fundamentalmente, se pretende concentrar las atribuciones de índole técnica y administrativa del presidente de la República. De esta manera, se aspira a que el presidente pueda desarrollar con mayor dedicación y profundidad sus funciones específicamente políticas.

La designación y remoción del jefe de gabinete es una atribución propia del presidente de la República, sin perjuicio de la facultad que tiene el Congreso para someterlo a juicio político por las causales que establece la Constitución (arts. 53, 59 y 60) y la hipótesis el art. 101.

El art. 100 de la Constitución detalla las atribuciones del jefe de gabinete. Ejerce la administración general del país (inc. 1º), aunque su titularidad reside en el presidente. Las facultades de administración son las que establece la Ley de Ministerios y las que pueda otorgarle el presidente.

Una de las misiones del jefe de gabinete consiste en tener a su cargo las funciones de recaudación de las rentas de la Nación y la ejecución de la Ley de Presupuesto. Si bien todas las funciones del jefe de gabinete están sujetas al control y fiscalización de quien ejerce la titularidad del Poder Ejecutivo, con particular referencia a ésta el art. 99, inc. 10, de la Constitución establece que el presidente supervisa el ejercicio de ella con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales.

Si bien el jefe de gabinete ejecuta el presupuesto sujeto a esa supervisión, resulta inadmisibles que esté autorizado a modificar o reestructurar el destino de las partidas presupuestarias tal como lo autoriza el art. 37 de la ley 24.156, porque ello importará desnaturalizar la voluntad del Congreso cuando sanciona la Ley de Presupuesto. Esta norma conduce inexorablemente al quebrantamiento del principio de legalidad en materia presupuestaria.

El art. 100, inc. 8º, dispone que el jefe de gabinete debe refrendar los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del Poder Ejecutivo que promuevan la presentación de proyectos legislativos. A ello se añade el refrendo impuesto al jefe de gabinete cuando el Poder Ejecutivo emite decretos de necesidad y urgencia, y su deber de someterlos personalmente a la Comisión Bicameral Permanente prevista en el art. 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental. Esta potestad de refrendo la ejerce juntamente con los ministros competentes.

Reiterando los principios establecidos en los arts. 104 y 106 de la Constitución, el art. 100, incs. 9º y 10, dispone que el jefe de gabinete puede concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates, aunque sin potestad de voto, y que al dar comienzo el Poder Ejecutivo a las sesiones ordinarias, el jefe de gabinete con los restantes ministros presentarán una memoria detallada del estado de la Nación en las áreas de sus respectivas competencias.

También es función del jefe de gabinete realizar los informes y producir las explicaciones, en forma verbal o escrita, que las Cámaras soliciten al Poder Ejecutivo.

La Constitución le impone el deber de asistir al menos mensualmente, y en forma alternativa, a cada una de las Cámaras del Congreso para informar sobre la marcha del gobierno y de la administración. Esta asistencia es independiente de la que prevé el art. 71, que se produce a pedido de cualquiera de las Cámaras actuando en forma separada. Precepto que no se cumple en la práctica, sin que medie reclamo del Congreso.

Siguiendo los lineamientos de los sistemas parlamentarios, el art. 101 establece que el jefe de gabinete puede ser interpelado para el tratamiento de una moción de censura sobre la actuación del gobierno, si así se resuelve por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cualquiera de las Cámaras del Congreso. En este caso, una vez concluido el tratamiento de la moción de censura, el jefe de gabinete puede ser removido de su cargo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras actuando en forma separada.

A las incompatibilidades e inhabilidades comunes que la Constitución establece para los ministros secretarios del Poder Ejecutivo se añade, en el caso del jefe de gabinete, la prohibición para desempeñar simultáneamente otro ministerio (art. 100, in fine ). Consideramos que, a diferencia de los restantes ministros que pueden tener transitoriamente a su cargo dos o más departamentos de Estado, tal posibilidad no puede plantearse respecto del jefe de gabinete.

La Corte Suprema de Justicia reconoció que el jefe de gabinete tiene legitimación activa en los procesos judiciales para ejercer las funciones que le confiere la Constitución. Consideró que está habilitado para plantear la falta de jurisdicción de un órgano judicial cuya actuación, al disponer una medida cautelar para suspender los efectos de un decreto de necesidad y urgencia, generó un conflicto de poderes y configuró así una cuestión que encuadra en el art. 100, inc. 1º, de la Constitución (7).

#### 574. Atribuciones del Poder Ejecutivo

Las atribuciones del titular del Poder Ejecutivo están enunciadas en el art. 99 de la Constitución, sin perjuicio de estar también descriptas algunas de ellas en el resto de su articulado.

Esas potestades se pueden agrupar en las siguientes categorías:

- 1) Administrativas.
- 2) Reglamentarias.
- 3) Colegislativas.
- 4) Legislativas.
- 5) Garantías institucionales.
- 6) nombramiento de funcionarios.
- 7) Indulto y conmutación de penas.
- 8) Relaciones exteriores.
- 9) Militares.

#### 575. Atribuciones administrativas

El art. 99, inc. 1º, de la Constitución dispone que el presidente es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

Si bien la parte sustancial de sus atribuciones administrativas son ejercidas, de manera directa, por el jefe de gabinete y los demás ministros secretarios, tanto el control, como la supervisión y, en última instancia, la adopción de decisiones administrativas y su ejecución, si fuera necesario, corresponden al titular del órgano ejecutivo.

El presidente es el jefe del gobierno y de la administración del país. Del gobierno, en cuanto a la representación externa del Estado. De la administración, por cuanto ella queda directamente a cargo del jefe de gabinete y los ministros, pero limitada a la circunstancia de que ellos son designados por el presidente con el cargo de armonizar el desenvolvimiento de sus respectivas áreas de competencia a las instrucciones genéricas o específicas que aquél les imparta.

Si bien la Constitución asigna importantes funciones administrativas al jefe de gabinete, esto no significa que pueda ejercerlas en colisión con las directivas impartidas por el presidente.

En ejercicio su potestad administrativa, el presidente está autorizado para conceder jubilaciones, retiros, licencias y pensiones. El ejercicio de tal facultad debe adecuarse a la regulación que establezca el Congreso en virtud de los arts. 14 nuevo y 75, inc. 20, como también a las partidas de gastos que, a tales fines, prevean las leyes de presupuesto (art. 99, inc. 6º, Constitución Nacional).

#### 576. Atribuciones reglamentarias

El art. 99, inc. 2º, establece que es función del presidente expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes del Congreso, procurando no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

Para dar cumplimiento a su deber de ejecutar las leyes, el órgano ejecutivo está autorizado para reglamentar algunos aspectos de ellas con el objeto de facilitar el cumplimiento de las normas. Con frecuencia las leyes prevén expresamente esa reglamentación destinada a complementar sus contenidos. Pero, aunque así no fuera, el órgano ejecutivo está facultado para ello.

La reglamentación complementa la norma legal para facilitar su aplicación. Pero en modo alguno puede alterar sus contenidos o fines. En tal caso, el órgano ejecutivo se estaría arrogando inconstitucionalmente potestades legislativas y desconociendo el orden jerárquico normativo impuesto por el art. 31 de la Ley Fundamental.

La facultad prevista en el art. 99, inc. 2º, el órgano ejecutivo la hace efectiva mediante el dictado de decretos. Son tales: 1) Los decretos reglamentarios mediante los cuales se complementan las leyes para su debida ejecución; 2) los reglamentos autónomos que son los emitidos por el órgano ejecutivo en ejercicio de las facultades propias que le asigna la Constitución; 3) los reglamentos delegados que se emiten como consecuencia de una autorización legal sin invadir el área de competencia del órgano legislativo.

No integran la categoría de las atribuciones reglamentarias los decretos de necesidad y urgencia, así como tampoco los actos del órgano ejecutivo que son consecuencia de una delegación de facultades legislativas por el Congreso. En ambos casos, nos encontramos en el marco de las funciones legislativas del órgano ejecutivo.

#### 577. Atribuciones colegislativas

En ejercicio de las funciones colegislativas, el presidente participa en la formación de las leyes mediante su promulgación y publicación (art. 99, inc. 3º, Constitución Nacional); realiza anualmente la apertura de las sesiones del Congreso el 1 de marzo, sin perjuicio de la autoconvocatoria que pueden disponer las Cámaras de no mediar esa apertura (arts. 63 y 99, inc. 8º Constitución Nacional); puede prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso o disponer su convocatoria a

sesiones extraordinarias (art. 99, inc. 9º, Constitución Nacional); es uno de los órganos autorizados para presentar proyectos de ley (art. 77 Constitución Nacional); tiene por facultad la observación o veto total o parcial de las leyes y su promulgación (arts. 78, 80 y 83 Constitución Nacional); puede emitir decretos de necesidad y urgencia en materia legislativa (art. 99, inc. 3º, Constitución Nacional) y ejercer funciones legislativas por delegación del Congreso (art. 76, Constitución Nacional).

#### 578. Veto y promulgación parcial de las leyes

Con referencia a este tema, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior sobre el proceso de sanción de las leyes y los efectos de la promulgación parcial en cuanto a la intervención de la Comisión Bicameral Permanente cuyo funcionamiento prevé el art. 99, inc. 3º, en materia de decretos de necesidad y urgencia, y al cual se remite el art. 80 de la Constitución.

El art. 83 de la Ley Fundamental acepta el veto parcial, aunque no hace referencia a la promulgación parcial. Una rigurosa aplicación de esa cláusula conduciría a sostener que no es viable la promulgación de la parte no vetada de la ley. Sin embargo, como ya lo indicamos, la jurisprudencia aceptó la promulgación parcial siempre que las partes no observadas tengan autonomía normativa y que el veto no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. Es la solución adoptada expresamente por el art. 80 de la Constitución.

El art. 80 dispone que, ante cualquier hipótesis de promulgación parcial, corresponde aplicar el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia. Se remite al art. 99, inc. 3º, conforme al cual, dentro de los diez días de la promulgación parcial, el jefe de gabinete tendrá que someter la decisión a una Comisión Bicameral Permanente.

#### 579. Decretos de necesidad y urgencia

El inc. 3º del art. 99 comienza con la reproducción del inc. 4º del anterior art. 86 de la Constitución, al disponer que el presidente participa en la formación de las leyes, las promulga y hace publicar. Las variantes introducidas en los vocablos pueden tener valor doctrinario pero no práctico.

No acontece lo mismo con el resto de esta cláusula, en la cual se le asignan al presidente, bajo determinadas circunstancias, funciones legislativas que corresponden constitucionalmente al Congreso.

La expansión de las funciones ejecutivas no configura, necesariamente, una corruptela constitucional por cuanto ella puede ser convalidada mediante una interpretación dinámica y razonable de la Ley Fundamental. Sin embargo, esa interpretación no puede conducir al exceso de reconocer competencias al órgano ejecutivo en detrimento de los otros poderes del gobierno.

Uno de tales fenómenos, que guarda estrecha relación con la delegación de funciones legislativas en el órgano ejecutivo, consiste en la asunción por parte de

este último de atribuciones que la Constitución reserva al Congreso, a través de la emisión de los llamados decretos o reglamentos de necesidad y urgencia.

La viabilidad de esta solución estaría avalada por la realidad política que impone el deber de preservar ciertos valores transhumanistas que justificarían el apartamiento transitorio de la Constitución formal. Por imposición de un estado de necesidad, y con una fundamentación similar a la esgrimida para sustentar las doctrinas de la seguridad nacional, se propicia la defensa del Estado y de su Constitución mediante técnicas y procedimientos que están vedados por ella.

En esta materia, como en tantas otras, se advierte la disparidad de criterios que se expresan entre nuestras doctrinas administrativa y constitucional. La primera, con un enfoque que apunta, sustancialmente, a la necesidad de asegurar la supervivencia y desenvolvimiento del Estado, a cuyo interés superior quedan subordinados los derechos individuales. La segunda, en virtud de manifestar una preocupación por la salvaguarda de las libertades a cuya preservación responde la finalidad esencialmente humanista que tiene la Constitución, como consecuencia de una interpretación teleológica de sus normas.

Las necesidades o crisis producidas por factores de carácter económico conducen, con lamentable frecuencia, a instrumentar soluciones que están al margen de los preceptos constitucionales. Un caso notorio fue dado durante varias décadas por el Banco Central que, en la práctica, ejercía las funciones de hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras que corresponden al Congreso y, además, mediante simples circulares y comunicaciones, regulaba la economía y las finanzas del país y así afectaba las libertades individuales al margen de las competencias resultantes de la Constitución.

Se produce, entonces, una situación irracional propia de un proceso de desconstitucionalización. Es que, por un lado, se proclama la plena vigencia del Estado de Derecho y de la Ley Fundamental mientras que, por el otro, se instrumentan y ejecutan medidas vedadas por la Constitución. Esta paradoja, representativa de una patología política particular, se ha desarrollado entre nosotros con la total aceptación y resignación de legisladores, jueces y particulares.

En cuanto a los Estados Unidos, el 8/4/1952 el presidente Truman emitió un decreto que autorizaba al secretario de Comercio para que se incautara de las fábricas, bienes y servicios de la industria del acero, con el propósito de evitar los efectos perjudiciales que podía traer aparejados para la defensa nacional y la economía del país el desabastecimiento que se produciría a raíz de una huelga dispuesta para la industria del acero.

En defensa de su postura, el gobierno utilizó los mismos argumentos que habían determinado su viabilidad judicial en el único precedente registrado dentro del common law . Se trataba del caso "Ship Money" de 1637, donde los jueces de la Corona británica sostuvieron que Carlos I disfrutaba de prerrogativas absolutas para emprender cualquier acción que considerara necesaria para el bienestar del reino. Entre ellas, las de dictar leyes, acuñar moneda y fijar impuestos sin el consentimiento del Parlamento.

Planteado el caso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos (8) , por mayoría de seis votos fue descalificada la constitucionalidad del acto presidencial. Los jueces Black y Frankfurter, sobre la base de la doctrina de la división de poderes, sostuvieron que el presidente no podía disponer la incautación de bienes privados por razones de orden público sin contar con la autorización expresa emanada del Congreso. En todas las materias en que, constitucionalmente, puede legislar el Congreso, el presidente no puede emprender acciones de contenido legislativo sin la previa autorización del Poder Legislativo, ni siquiera en virtud de alegar razones de urgencia o de interés público. En igual postura, los jueces Burton y Douglas desconocieron toda autoridad del Poder Ejecutivo para incautarse de la industria del acero a falta de autorización del Congreso. Por su parte, los jueces Clark y Jackson fundaron su decisión sobre las disposiciones de la ley "Taft-Hartley" de 1947 que, al reglar las atribuciones presidenciales durante las huelgas nacionales, no preveía la potestad de incautar establecimientos industriales.

Las razones de necesidad y urgencia, por más atendibles que pudieran resultar, en modo alguno justifican ni autorizan a apartarse de los preceptos constitucionales. La Constitución, además de ser un documento jurídico, es un instrumento de gobierno y símbolo de la nacionalidad, destinado a regir totalmente tanto en tiempos de guerra como de paz, en épocas de normalidad y de anormalidad, ya que prevé los mecanismos necesarios para afrontar cualquier emergencia sin que resulte necesario apartarse de sus disposiciones.

Estas consideraciones conducen a interpretar restrictivamente la potestad constitucional del órgano ejecutivo para emitir decretos de necesidad y urgencia.

La regla general de interpretación emana del segundo párrafo del inc. 3º correspondiente al art. 99: "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo".

Como excepción a este principio, la Constitución faculta al Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia bajo las condiciones siguientes:

1. Se deben presentar circunstancias excepcionales que tornen imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes. En principio, entendemos que la ponderación de tales circunstancias es una cuestión política exenta del control judicial. Sin embargo, si la inexistencia de las circunstancias excepcionales resulta manifiesta, a pedido de parte interesada el Poder Judicial podrá descalificar la validez del acto (9) .
2. Si por razones de emergencia pública el Congreso delega facultades legislativas en el órgano ejecutivo (art. 76 CN), en principio este último no puede ampliar tales atribuciones extraordinarias mediante la emisión de decretos de necesidad y urgencia (10) . La delegación limita la potestad del órgano ejecutivo para emitir decretos de necesidad y urgencia sobre las materias objeto de aquélla.
3. Los decretos de necesidad y urgencia solamente pueden proteger los intereses generales de la sociedad. La crisis económica que afecta a un sector determinado de la sociedad no habilita a que, mediante un decreto de necesidad y urgencia, se

traslade a otro sector de ella mediante la restricción de sus derechos constitucionales (11).

4. El art. 99, inc. 3º, establece que los decretos de necesidad y urgencia no pueden tener por objeto materias de índole penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Sin embargo, como la interpretación sobre el alcance de las facultades del Ejecutivo en esta materia debe ser restrictiva, consideramos que tampoco es viable la emisión de decretos de necesidad y urgencia cuando recae sobre cuestiones que sólo pueden ser reguladas legislativamente por mayorías especiales, o en aquellos casos en que la Constitución le asigna a una de las Cámaras del Congreso la calidad de cámara originaria.

5. Los decretos deben ser decididos en acuerdo general de ministros y ser refrendados juntamente con el jefe de gabinete de ministros. Es un requisito esencial y no meramente formal. El acuerdo general y el refrendo imponen la concreción de una reunión con la participación activa de todos los ministros, que debería quedar asentada en un acta.

Para evitar la desarticulación del principio de la separación de las funciones del gobierno, es inviable invocar la necesidad y urgencia cuando se trata de proyectos de ley que están bajo estudio de las Cámaras del Congreso, o cuando han sido rechazados por una o ambas Cámaras. En tales casos, al igual que en los antes citados, consideramos que es viable la intervención de los jueces que declaran la inconstitucionalidad del decreto en un caso judicial concreto.

Emitido el decreto, y dentro de los diez días, el jefe de gabinete de ministros deberá someterlo a la consideración de una Comisión Bicameral Permanente que, a su vez, en el plazo de diez días, elevará su dictamen sobre la materia al plenario de cada una de las Cámaras.

La Constitución prevé que las Cámaras deben considerar inmediatamente el decreto del Poder Ejecutivo y que una ley reglamentaria especial del Congreso, sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, regulará los alcances de la intervención del Congreso. Consideramos que la sanción de esa norma no puede ser concretada mediante un decreto de necesidad y urgencia.

El decreto de necesidad y urgencia tiene aplicación inmediata una vez publicado. Cabe la posibilidad de que la demora en que incurra el Congreso para su consideración, o su falta de tratamiento susciten dudas sobre la vigencia temporal del decreto.

En todos los casos, la falta de tratamiento del decreto por el Congreso o su demora en hacerlo, jamás podrá ser interpretada como una aceptación o sanción tácita. Sobre el particular, el art. 82 de la Constitución dispone categóricamente que "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta". Por tal razón consideramos que son cuestionables constitucionalmente las cláusulas de la ley 26.122 al no imponer un plazo para que las cámaras del Congreso se expidan sobre la validez del decreto de

necesidad y urgencia. El silencio del Congreso no será una sanción tácita de la norma sino que importará su derogación.

#### 580. Delegación de facultades legislativas

Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior. La delegación de facultades legislativas y los decretos de necesidad y urgencia, que fueron incorporados a la Constitución con la reforma de 1994, fortalecen excesivamente la posición del órgano ejecutivo en desmedro del poder que la Constitución le otorga al Congreso.

Tal circunstancia y el carácter excepcional de ambas instituciones nos inducen a sostener que su interpretación debe ser esencialmente restrictiva.

Inclusive, en caso de duda, la solución debe consistir en negar al órgano ejecutivo la facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia, y en desconocer la delegación legislativa. Para hacer efectiva esa restricción, procede la intervención del Poder Judicial a petición de parte interesada cuando, mediante el acto del órgano ejecutivo, se vulneran sus derechos. En tales casos, no solamente se podrá controlar la razonabilidad de la restricción, sino también las condiciones que tornan viables la emisión del decreto de necesidad y urgencia o la delegación de facultades legislativas.

#### 581. Nombramiento de funcionarios

El art. 99, inc. 4º, de la Constitución establece que el presidente nombra a los jueces de la Corte Suprema de Justicia con acuerdo del Senado prestado por dos tercios de sus miembros presentes.

Los magistrados judiciales de jerarquía inferior también son nombrados por el presidente con acuerdo del Senado, aunque por simple mayoría de votos. Sin embargo, la persona que sea propuesta por el presidente tiene que estar incorporada a la terna que, a su pedido, le suministre el Consejo de la Magistratura. Consideramos que, una vez presentada la terna, el presidente no está obligado a propiciar el nombramiento de alguno de sus integrantes, pero en modo alguno podrá presentar a otro candidato que no figure en aquélla.

El art. 99, inc. 7º, dispone que el presidente, con acuerdo del Senado, nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios. Este acuerdo del Senado para el nombramiento de los funcionarios diplomáticos también es exigible para su remoción o para su traslado a otro destino o a otras funciones diplomáticas.

La citada norma constitucional añade que, por sí solo, el presidente nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros, a los ministros de despacho, a los oficiales de su secretaría, a los agentes consulares y a los demás empleados cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma por la Constitución siempre que, claro está, desempeñen sus funciones en la órbita del órgano ejecutivo. Se trata de una facultad propia del presidente que no puede ser alterada por el Congreso. Por tal razón, entendemos que no son válidas las cláusulas de las leyes del Congreso

que imponen el previo acuerdo del Senado para la designación de las autoridades de ciertos organismos dependientes del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, cuando se trata de entidades autárquicas creadas por ley y a las cuales se les asigna el desarrollo de atribuciones previstas en el art. 75 de la Constitución como propias del Congreso, es viable que el legislador faculte al Poder Ejecutivo a designar sus autoridades con el acuerdo del cuerpo o alguna de sus cámaras. Así lo hace la ley 24.144 que regula el Banco Central de la República Argentina. Su directorio es nombrado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

El nombramiento y la remoción por el Poder Ejecutivo de los empleados públicos y de los funcionarios políticos que no requieren del previo acuerdo del Senado son una facultad discrecional. Puede ser ejercida arbitrariamente respecto de los funcionarios políticos, pero no cuando se trata de empleados públicos debido a la estabilidad que les otorga el art. 14 nuevo de la Ley Fundamental.

El art. 99, inc. 13, determina que corresponde al presidente proveer los empleos militares. Pero, para la concesión de los empleos o grados de los oficiales superiores de las fuerzas armadas, necesita contar con el previo acuerdo del Senado. Ese acuerdo no es necesario cuando la concesión de los empleos o grados se realiza en el campo de batalla o con motivo de una confrontación bélica en la cual sea parte directa el Estado nacional. Tales nombramientos quedan firmes pese a una oposición posterior del Senado.

El art. 99, inc. 19, faculta al presidente para cubrir las vacantes en los empleos que requieran el acuerdo del Senado y que ocurran durante su receso. En tal caso, puede efectuar nombramientos en comisión que expiran al finalizar la próxima legislatura.

El objetivo de la norma consiste en dotar de mayor dinamismo y eficiencia al funcionamiento del Estado en virtud permitir al Poder Ejecutivo disponer la cobertura de aquellos cargos durante el receso del Senado.

La interpretación de esta cláusula se ajustó a la declaración aprobada el 15/9/1917 por el Senado, sobre la base de la propuesta formulada por Joaquín V. González que integraba ese cuerpo. Conforme a esa declaración:

- 1) El nombramiento en comisión es viable no solamente para las vacantes que se producen una vez que el Senado entra en receso, sino también respecto de los cargos que ya estaban vacantes al comienzo del receso.
- 2) La situación de receso se presenta cuando el Senado no sesiona tanto en forma ordinaria, sino también en sesiones de prórroga o extraordinarias.
- 3) El nombramiento en comisión cesa de mediar rechazo por parte del Senado, concluido el receso.

De modo que el nombramiento sólo se puede realizar a partir del 1º de diciembre, y siempre que no prosiga la actuación del Congreso en sesiones de prórroga o

extraordinarias. Ese nombramiento tiene validez hasta el 30 de noviembre del año siguiente pero si el Congreso sigue funcionando en sesiones de prórroga o extraordinarias, su validez se extenderá hasta el último día del mes de febrero. Esto es así, porque la "próxima legislatura", es la que comienza su actuación el 1º de marzo.

Como es un nombramiento en comisión, entendemos que el presidente puede dejarlo sin efecto en cualquier momento antes del vencimiento del plazo constitucional, salvo si se trata del nombramiento de magistrados judiciales. Asimismo, si iniciadas las sesiones ordinarias el presidente no propone oficialmente la designación del funcionario, el Senado también en cualquier momento puede negar su acuerdo, lo que determina la conclusión del ejercicio de su cargo por el funcionario. De igual manera, y aunque no medie la propuesta oficial, puede prestar el acuerdo, con lo cual concluye la comisión y el nombramiento es definitivo. Si el presidente propone oficialmente al funcionario que está en comisión, el rechazo del Senado determina la caducidad del nombramiento.

#### 582. Atribuciones en materia de garantías institucionales

Nuestra Constitución, además de las garantías que prevé para los derechos individuales y sociales, también establece garantías institucionales. Su finalidad es la de preservar la vigencia del orden constitucional ante situaciones de grave emergencia y anormalidad institucional. Tales garantías son el estado de sitio y la intervención federal.

La declaración del estado de sitio previsto en el art. 23 de la Constitución es una facultad privativa del Congreso cuando se impone en caso de conmoción interior (art. 75, inc. 29, Constitución Nacional). En cambio, cuando obedece a un ataque exterior, su declaración incumbe al presidente con acuerdo del Senado (art. 61, Constitución Nacional).

Esas normas se relacionan con el art. 99, inc. 16, de la Ley Fundamental, conforme al cual el Poder Ejecutivo puede declarar por sí mismo el estado de sitio, en caso de conmoción interna, cuando el Congreso está en receso. En este supuesto, una vez reunido, el Congreso puede aprobar o suspender el estado de sitio dispuesto por el presidente, siempre éste que no hubiera concluido (art. 75, inc. 29, Constitución Nacional).

Consideramos que para el ejercicio de esta potestad en forma directa por el Poder Ejecutivo es necesario el receso del órgano legislativo. Si el Congreso funciona en sesiones extraordinarias o de prórroga, el presidente no podrá ejercer esa atribución.

La intervención federal, que regula el art. 6º de la Constitución, en principio, solamente puede ser dispuesta por el Congreso en una provincia o en la ciudad de Buenos Aires (art. 75, inc. 31, Constitución Nacional).

Como excepción a esta regla general, en caso de receso del órgano legislativo, la intervención puede ser ordenada por el presidente quien, simultáneamente, debe convocar al Congreso para que ratifique o rectifique su decisión (art. 99, inc. 20 Constitución Nacional).

Al igual que con referencia al estado de sitio, consideramos que el receso del órgano legislativo significa que no está funcionando en sesiones ordinarias, de prórroga o extraordinarias.

### 583. Indulto y conmutación de penas

El art. 99, inc. 5º, de la Constitución establece que el Poder Ejecutivo puede indultar o conmutar las penas impuestas a los condenados por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal judicial correspondiente. Esta facultad no la puede ejercer en los casos que se sustancia un juicio político y por las causales que lo motivan, así como tampoco en la situación prevista por el art. 36 de la Constitución.

El indulto consiste en el perdón otorgado de manera específica a un individuo que tiene una sentencia penal condenatoria firme. Trae aparejado la extinción de la pena pendiente de cumplimiento y la libertad física del condenado. Pero no borra la sentencia ni sus secuelas, así como tampoco las responsabilidades civiles del indultado.

La conmutación de pena consiste en reducir la impuesta por una sentencia judicial firme, en virtud de establecer una menor.

La potestad de indultar o conmutar penas es discrecional del órgano ejecutivo y constituye un mecanismo de control interórganos respecto del Poder Judicial. Solamente está condicionada al previo requerimiento y obtención de informe emitido por el tribunal correspondiente y a la existencia de una sentencia penal condenatoria.

El informe que impone la Constitución tiene por objeto hacer conocer al órgano ejecutivo las modalidades del hecho delictivo, la personalidad del individuo condenado y, eventualmente, la opinión del magistrado judicial sobre la conveniencia de otorgar el indulto o la conmutación de pena. Pero esa opinión no es vinculante para el órgano ejecutivo.

Mientras que la amnistía, como facultad privativa del Congreso (art. 75, inc. 20, Constitución Nacional), acarrea la extinción de la acción y de la pena, al tiempo que se borra el carácter delictivo del hecho como si nunca se hubiera producido, el indulto y la conmutación de pena no alteran los efectos de la sentencia judicial con la salvedad de la extinción o reducción de la pena aplicada. Asimismo, la amnistía debe ser general y alcanzar a todas las personas imputadas, procesadas o condenadas por un determinado delito, en cambio el indulto y la conmutación de pena deben ser de carácter individual y concedidas en beneficio de una persona determinada.

El otorgamiento de esta facultad al órgano ejecutivo no tiene solamente por finalidad reparar algún error o exceso judicial, sino también permitir por razones humanitarias la reinserción social del condenado, en atención a su personalidad y circunstancias atenuantes existentes al tiempo de adopción de la medida. Otro tanto por razones de carácter político.

Como se trata de una facultad discrecional, su aplicación es viable sin el consentimiento del beneficiado y el acto no es susceptible de revisión judicial. Solamente será procedente el control judicial si no se cumple con el requisito del informe previo, o si las medidas son dictadas antes de que exista una sentencia condenatoria firme. Sin embargo, este último aspecto no ha sido receptado definitivamente por la jurisprudencia.

En el caso "Luengo" (12) de 1868, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el presidente no podía indultar a quien no ha sido declarado culpable, ni conmutar penas que todavía no fueron impuestas en sede judicial. Posteriormente, en el caso "Ibáñez" (13) de 1922, la Corte dejó sin efecto un indulto concedido con prescindencia de la previa obtención del informe que debe aportar el tribunal correspondiente. Sin embargo, de la fundamentación expuesta en esa oportunidad se podía inferir que, para la Corte Suprema, el indulto y la conmutación de pena podrían ser válidos aunque no mediare una sentencia condenatoria. Tal es la interpretación aceptada en los Estados Unidos.

Al decidir el caso "Yrigoyen" (14) en 1932, la Corte estableció categóricamente que el indulto y la conmutación de pena presuponen la existencia de una sentencia judicial condenatoria y firme. No solamente porque, caso contrario, se produciría una indebida interferencia sobre el funcionamiento del Poder Judicial. También porque la "situación injusta y agravante en que quedaría el imputado, si el indulto pudiera expedirse antes de la condena, por cuanto todo hombre lleva la presunción de su inocencia mientras no sea convencido de lo contrario".

A partir de 1990, la doctrina de la Corte Suprema tuvo una modificación sustancial. Ese año, resolvió el caso "Riveros" (15) y confirmó así la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín que sobreseyó definitivamente al procesado con motivo del indulto que le había otorgado el Poder Ejecutivo. La decisión de la mayoría se basó en la inexistencia de aptitud procesal suficiente en el apelante para cuestionar la medida. Pero, en el voto de los jueces Enrique Petracchi y Julio Oyhanarte, se expresó que, como la interpretación de los indultos no debía ser restrictiva, y como la Constitución no niega la posibilidad de que se indulte a los procesados, cuando el presidente otorga un indulto no se arroga el conocimiento de una causa en trámite ni emite juicio sobre la culpabilidad del imputado.

Esta argumentación fue adoptada por la mayoría en el caso "Aquino" (16) en 1992, con la disidencia de los jueces Ricardo Levene y Augusto Belluscio. Éstos sostuvieron que de la Constitución surge en forma clara "que el ejercicio del derecho de indultar, acordado al presidente de la Nación, debe seguir a un verdadero juzgamiento, donde se ha de calificar primero el delito y designar al delincuente y la pena, y en consecuencia para que se pueda perdonar a un culpable



es necesario una declaración de responsabilidad penal, que corresponde exclusivamente al Poder Judicial". Añadieron que si el presidente pudiera indultar sin previa sentencia judicial, se le estarán otorgando funciones judiciales expresamente vedadas por la Constitución.

Si bien la facultad del órgano ejecutivo para otorgar indultos y conmutaciones de pena es amplia e insusceptible de revisión judicial si se cumplen las formas impuestas por la Constitución, su ejercicio es inviable cuando está prohibido por la Ley Fundamental. En tal sentido, el art. 36 prohíbe conceder indultos y conmutaciones de pena a los condenados por delitos perpetrados contra el orden institucional. Cláusula que se considera extensible a las hipótesis del art. 29.

Bidart Campos entendía que el indulto es inviable cuando se trata de condenados por aplicación del juicio político previsto en los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución. Considerando el carácter jurisdiccional que le atribuimos a ese proceso público, entendemos que el indulto no es aplicable respecto de la remoción que disponga el Senado porque ella no reviste carácter penal. Pero sí se podría hacer efectivo respecto de la declaración de incapacidad que, como sanción accesoria, prevé el art. 60.

El indulto presidencial solamente se puede ejercer cuando se trata de condenas penales aplicadas por los jueces federales o nacionales, pero no cuando las condenas son impuestas por jueces provinciales, porque se estaría afectando el ejercicio de la función jurisdiccional de los Estados locales y, por añadidura, el federalismo. Los indultos en estos casos pueden ser concedidos por los gobernadores si las constituciones provinciales les otorgan esa potestad.

El 13/7/2007 la Corte Suprema de Justicia resolvió el caso "Mazzeo" (17) . Por el voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Zaffaroni se declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89 y así se dejó sin efecto los principios de cosa juzgada y la garantía contra el doble juzgamiento que, ocho años antes, habían sido reconocidos al beneficiado por el indulto.

En su confusa y difusa argumentación, la mayoría reiteró los criterios expuestos en los casos "Arancibia Clavel" (18) y "Simón" (19) . Sostuvo que el derecho internacional humanitario y diversos tratados internacionales sobre derechos humanos imponen a los Estados la obligación de perseguir, investigar y sancionar los delitos de lesa humanidad. Que esa obligación no admite excepciones como las que podrían resultar de la cosa juzgada y del principio "non bis in idem" , pues resulta inadmisibles que queden impunes delitos de ese tipo.

Determinar un tipo penal sobre la base de normas internacionales que rigen específicamente un tribunal internacional, asignar a un tribunal internacional la potestad de formular conclusiones que colisionan con el texto de la Constitución federal, desconocer la cosa juzgada y la garantía del doble juzgamiento, desconocer el principio de la ley penal más benigna, asignar efectos retroactivos al control de constitucionalidad, todo genera un riesgo significativo para la seguridad jurídica.

En comentario al fallo, Alberto Bianchi expresa: "Es evidente que mientras todo ello se mantenga dentro de los límites de la persecución de los delitos de lesa humanidad, la amenaza contra la seguridad jurídica tiene un cordón sanitario. Por el contrario, ésta se incrementará peligrosamente si la derogación de principios tan elementales como la cosa juzgada o la garantía contra el doble juzgamiento, fuera extendida a otros campos".

En su voto en disidencia, y con remisión a las razones que expuso en los casos "Arancibia Clavel" y "Simón", el juez Carlos Fayt consideró que en la Ley Fundamental no existe alguna disposición que avale un tratamiento diferente cuando el indulto recae sobre delitos de lesa humanidad. Añadió que "la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución".

También votó en disidencia la jueza Carmen Argibay, que recordó que el decreto 1002/89 fue declarado válido por la Corte Suprema (20) para poner fin a su cuestionamiento. De modo que desconocer el principio de cosa juzgada importaría vulnerar una regla constitucional que también está incorporada a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Si bien para la jueza Argibay los indultos a personas procesadas no son válidos porque importan una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, consideró que su opinión personal, en el caso concreto, cedía frente a la garantía de la cosa juzgada.

Consideramos que el voto de la mayoría responde a una concepción ideológica de política agonal, extraña a los principios rectores que forjaron la doctrina del Estado de Derecho a la luz del secular movimiento constitucionalista. Está claro que ni los principios de derecho internacional ni la costumbre internacional pueden modificar el articulado de la Constitución. Asimismo, si lo hace un tratado, corresponde plantear su nulidad en el orden internacional (arts. 46 y 65 de la Convención de Viena) y su invalidez en el orden interno, porque los jueces de la Constitución no pueden aplicar normas cuyo texto o interpretación se oponen a ella, sin incurrir en perjurio a la luz de la ética republicana.

#### 584. Relaciones internacionales

La conducción de las relaciones exteriores ha sido otorgada por la Constitución, en forma conjunta y orgánica, a los órganos legislativo y ejecutivo, en tanto que deslindó con relativa precisión las atribuciones que corresponden a cada uno de ellos para determinar el contenido de la política internacional del Estado.

La representación exterior del Estado nacional corresponde al titular del órgano ejecutivo (art. 99, inc. 1º, Constitución Nacional). El principio básico que caracteriza a esa función externa que desempeña el presidente está expuesto en el art. 99, inc. 11, de la Ley Fundamental.

Establece que el presidente concluye y firma los tratados, concordatos y otras negociaciones para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones

internacionales y las naciones extranjeras, recibe a sus ministros y admite sus cónsules.

La conducción de la política exterior se concreta, simultáneamente, por dos vías: 1) Mediante el establecimiento de relaciones políticas, comerciales y culturales con los Estados extranjeros y las organizaciones internacionales; 2) Con la suscripción de tratados y convenciones internacionales.

Las relaciones con los Estados extranjeros y las organizaciones internacionales son desarrolladas por el propio presidente en forma directa o a través de los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios que nombra con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 7º, Constitución Nacional), así como también mediante la acción de los restantes funcionarios diplomáticos de jerarquía inferior.

Cuando el art. 99, inc. 11, alude a "otras negociaciones", está convalidando los llamados acuerdos o convenios ejecutivos que se concretan entre el Poder Ejecutivo y los órganos competentes de las potencias extranjeras. La potestad de concertar acuerdos ejecutivos puede provenir de las facultades propias del presidente de la República, o bien de las reglamentarias de los tratados internacionales, o de la ejecución de acuerdos previstos en las leyes del Congreso que, expresa o implícitamente, corresponden al titular del órgano ejecutivo.

La validez de los acuerdos ejecutivos, cuando versan sobre materias legislativas, deben estar precedidos por una ley específica del Congreso o de la que aprueba un tratado internacional. Cuando recaen sobre materias atribuidas constitucionalmente al Poder Ejecutivo, no requieren una ley previa siempre que su aplicación no se traduzca en una invasión en las áreas de competencia legislativa.

Los acuerdos ejecutivos autorizados por el Congreso a fin de reglamentar pospreceptos de un tratado internacional son una consecuencia de ellos, sin que puedan alterar sus términos. En los restantes casos, tales acuerdos no son tratados propiamente dichos, sino que reflejan las potestades de negociación que tiene el Poder Ejecutivo en el orden internacional. Tales acuerdos producen efectos internacionales e internos siempre que se adecuen a los preceptos de la Constitución Nacional. De modo que si llegaran a lesionar derechos constitucionales, por restringirlos o desconocerlos, no existen reparos para que el acto generador de la anomalía quede sujeto al control de constitucionalidad por parte de los magistrados judiciales.

La segunda vía por la cual se consolidan las relaciones exteriores y se instrumenta la política internacional del Estado son los tratados.

En la elaboración de los tratados hay tres etapas. La negociación, conclusión y firma de los tratados corresponde exclusivamente al órgano ejecutivo. La aprobación de tales tratados se realiza mediante ley del Congreso (art. 75, incs. 22 y 24, Constitución Nacional), dando así cumplimiento al deber impuesto por el art. 27 de la Ley Fundamental: "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 curso de la negociación, conclusión y firma de los tratados, el órgano ejecutivo procura adecuar sus contenidos a la directriz política impuesta al Estado en materia de relaciones internacionales. Pero además de este aspecto político, debe jurídicamente preservar la finalidad expuesta en el art. 27 de la Constitución y velar para que no se lesione el principio de la supremacía constitucional establecido en el art. 31.

Una vez firmado el tratado, corresponde al Poder Ejecutivo determinar el momento oportuno para someterlo a la consideración del Congreso. Es una potestad discrecional, cuyo ejercicio está supeditado a la valoración que realice el presidente sobre el curso más conveniente que cabe imprimir a la política internacional del Estado.

Las Cámaras del Congreso, una vez que el Poder Ejecutivo eleva el tratado, decidirán si lo rechazan o aceptan. La aprobación se efectúa mediante una ley cuya sanción sigue el procedimiento establecido a tal fin por la Ley Fundamental.

Las Cámaras pueden introducir modificaciones al tratado. En tal caso, si es un documento bilateral, el Poder Ejecutivo no lo promulgará porque será necesario que el Estado extranjero acepte esas modificaciones. En cambio, si se trata de convenciones multilaterales que así lo aceptan, las modificaciones introducidas por el Congreso serán reservas que impiden, tanto en el orden interno como en el externo, la aplicación de las cláusulas observadas respecto del Estado que las formuló.

Una vez que el tratado es aprobado por el Congreso, corresponde que el Poder Ejecutivo proceda a su ratificación internacional en el momento que estime oportuno. Se trata de un acto discrecional del presidente, por el cual comunica a los Estados signatarios que fueron concluidos los trámites constitucionales necesarios para dar validez y obligatoriedad, en el orden externo, a un documento internacional. La ratificación determina, en principio, la vigencia del tratado en el ámbito del derecho interno del Estado.

#### 585. Atribuciones militares

Las Fuerzas Armadas constituyen una institución indispensable en toda organización política global cuya función, en el marco específico de competencia que se les otorgue, consiste en preservar el orden interno mediante la plena vigencia de la Constitución y en asegurar la personalidad internacional del Estado y su poder soberano frente a los ataques provenientes de otros Estados u organizaciones internacionales. En la medida que ellas están previstas en la Constitución, toda política destinada a suprimirlas o desarticularlas colisiona con los preceptos de aquélla.

Si el Estado estuviera desprovisto de fuerzas militares, serían escasas sus posibilidades de subsistencia o, en mayor o menor grado, dependerían de la

voluntad de los Estados extranjeros o de las agrupaciones internacionales o locales que acuden a la fuerza para socavar los cimientos de un Estado de Derecho.

La organización y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas están sujetos a la regulación constitucional. Esa organización y funcionamiento se basan en dos elementos esenciales que revisten una intensidad mucho mayor a la que pueden presentar en el curso de la vida social corriente. Esos elementos son la obediencia y la no deliberación. La eficiencia de las Fuerzas Armadas depende de una obediencia estricta y rigurosa, que excluye todo análisis o examen sobre las órdenes que se imparten. Tanto las que se originan dentro de la estructura militar, como las provenientes de la autoridad gubernamental a la cual están subordinadas.

La obediencia excluye todo tipo de deliberación interna en las fuerzas militares acerca de las ventajas o inconvenientes que puede acarrear el cumplimiento de las decisiones impartidas. Esa deliberación es incompatible con la disciplina, y así se genera una obediencia debida conforme a la cual el inferior no puede cuestionar válidamente las órdenes provenientes del superior. Las debe acatar o, en su defecto, apartarse de la estructura militar, sin perjuicio de las sanciones que pueda merecer su comportamiento.

La relación de mando y obediencia de carácter militar se puede extender a todos los integrantes de la comunidad nacional, no de manera arbitraria sino conforme a la regulación legal propia de un Estado de Derecho. Así, el art. 21 de la Constitución establece que los ciudadanos argentinos están obligados a armarse en defensa de la Nación y de la Ley Fundamental y que esa obligación se cumplirá conforme a las leyes que sancione el Congreso. Sobre la base de esta norma fue incorporado y regulado, en su momento, el servicio militar obligatorio. Servicio cuya imposición es justificable tanto en tiempos de guerra como de paz. En el primer caso, para la defensa del poder soberano del Estado, y en ambos para la defensa de la Constitución, sin perjuicio de su importancia para la educación de quienes son convocados, educación que no se limita al ámbito militar, sino que se extiende al social y cultural.

Corolario de esa norma constitucional es el art. 22, que en su parte final dispone que toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste comete el delito de sedición.

Las Fuerzas Armadas tienen una relación de dependencia frente al gobierno. En particular respecto del presidente de la República, que es el comandante en jefe de todas las fuerzas militares de la Nación (art. 99, inc. 12, Constitución Nacional).

Esta disposición establece claramente que las fuerzas militares están subordinadas al presidente y que tienen el deber de cumplir sus órdenes. A ella se añade el art. 99, inc. 14, que autoriza al presidente a disponer de las fuerzas militares, así como también a proceder a su organización y distribución según las necesidades del Estado.

La Constitución reparte las atribuciones militares entre el Congreso y el órgano ejecutivo. La titularidad de tales atribuciones no reside en las Fuerzas Armadas

sino en el gobierno. Por ende, si las fuerzas militares llegaran a ejercer ese poder militar, estarán actuando al margen del sistema constitucional. Serán pasibles de la sanción prevista en el art. 22 y darán validez al ejercicio del derecho de resistencia reconocido en el art. 36 de la Ley Fundamental.

En el marco de la distribución de funciones militares efectuado por la Constitución, corresponde al Congreso establecer los lineamientos genéricos y estables para el desenvolvimiento de las fuerzas militares (art. 75, incs. 25, 26, 27 y 28, Constitución Nacional). La ejecución de tales lineamientos corresponde al presidente dentro del amplio marco que debe posibilitar la reglamentación de las leyes que se dicten sobre esta materia.

Linares Quintana clasifica las atribuciones militares en permanentes y excepcionales. Las primeras, que tienen carácter ordinario, se subdividen en atribuciones de mando y de organización.

Las atribuciones de mando corresponden al Poder Ejecutivo en su condición de comandante en jefe de las fuerzas militares. Son tales las de disponer de dichas fuerzas y distribuirlas en el territorio de la Nación conforme a las necesidades que se presenten.

Las atribuciones de organización corresponden tanto al Congreso como al presidente. Al Congreso las que requieren de una regulación legislativa, tales como organizar el servicio militar, autorizar represalias, fijar las fuerzas militares y establecer las normas genéricas para su organización y gobierno, así como también para autorizar el ingreso de tropas extranjeras en el territorio nacional y la salida de las fuerzas nacionales cuando ello obedece a razones bélicas. Al presidente las que requieren de un acto de ejecución para tornar efectivas las medidas dispuestas por el Congreso, o para implementar las que le otorga la Constitución en el art. 99, incs. 13 y 14.

Las atribuciones excepcionales, tales como la declaración de guerra, corresponden al Congreso, sin perjuicio de su ejecución concreta por el presidente.

Las atribuciones militares han sido delegadas al Estado federal y no pueden ser ejercidas por las provincias. Sin embargo, el art. 126 las autoriza para armar buques de guerra y formar ejércitos en caso de invasión exterior o de un peligro inminente que no admita dilación alguna. En tal caso, el hecho deberá ser comunicado al Gobierno federal y las fuerzas militares puestas a su disposición.

Las facultades que la Constitución otorga al Congreso en materia de organización de las Fuerzas Armadas engloban la potestad de sancionar el Código Militar y de crear los tribunales militares a los que se encomienda su aplicación.

Los tribunales militares, como especie particular de tribunales administrativos, presentan la particularidad de no depender del órgano ejecutivo, el cual no puede revisar sus decisiones. El presidente, como comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas, ejerce un poder simplemente disciplinario sobre ellas por la

relación jerárquica existente. Pero carece de funciones jurisdiccionales, las cuales son atribuidas por el Congreso mediante la creación de los tribunales militares.

Las decisiones que adopten éstos siempre son susceptibles de revisión judicial por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia, cuando se cumplen los recaudos que tornan procedente esa vía procesal. No existen reparos constitucionales para que esa revisión se pueda sustanciar ante otros tribunales judiciales si así lo decide el legislador.

La jurisdicción de los tribunales militares no importa la conformación de un fuero personal, sino de un fuero real por razón de las materias sobre las cuales recae y no de las personas involucradas. A esa jurisdicción quedan sometidos todos los integrantes de las Fuerzas Armadas por los delitos cometidos en áreas sujetas a ella y por los previstos por el Código Militar. Pero no acontece lo propio con los delitos comunes perpetrados fuera del ámbito físico militar y los carentes de relación con actos de servicio, los cuales quedan sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, a igual que las causas de naturaleza civil.

En la Argentina, aunque en menor grado que en otras naciones latinoamericanas, la relación armónica que debe existir entre el poder civil y las Fuerzas Armadas fue desarticulada en algunas oportunidades como consecuencia de la sustitución del ideal democrático por el ideal autoritario. Particularmente, a partir de 1930 y hasta 1983, y por obra de una idea política autocrática dominante en la sociedad, las Fuerzas Armadas gravitaron decisivamente en la política gubernamental. Ya sea mediante presiones inadmisibles ejercidas sobre los gobiernos constitucionales, o a través de golpes de estado que importaron una ruptura del orden constitucional. Aunque, es justo reconocer que las Fuerzas Armadas no actuaron con sentido corporativo sino por receptar las concepciones totalitarias forjadas por los ideólogos nacionales que, a su vez, se inspiraron en el pensamiento que subyugó a muchos pensadores europeos y que desencadenó los regímenes cívico-militares que asolaron el viejo continente durante la primera mitad del siglo XX. Los civiles aportaron la teoría y algunos militares la fuerza de las armas.

En la concepción autoritaria generada por el ideal prusiano, se le asigna a la autoridad militar una valoración suprema, patológicamente cuasi-divina, dotada de la mayor excelencia para asumir la dirección de todas las funciones estatales. Esa exaltación irracional y hasta paranoica atribuye a la fuerza militar las máximas funciones políticas, mientras que relega a un plano secundario la voluntad popular. No se desconoce esa voluntad, sino que la interpretación de ella y su encarnación se concreta en el estamento militar sin admitir el disenso y la oposición. La relación de mando y obediencia imperante en el ámbito militar se traslada al civil.

En la concepción democrática, la dirección de las funciones estatales proviene del pueblo conforme a las técnicas gestadas por el movimiento constitucionalista: libertad, igualdad, pluralismo político y social, elecciones periódicas y regulares, prensa libre, partidos políticos, y en definitiva, participación de la ciudadanía en la adopción de las decisiones políticas. Las fuerzas armadas no conforman una corporación y están subordinadas a las autoridades constitucionales. No tienen voz

ni voto en la acción política, al tiempo que deben respetar y defender el orden constitucional.

Bajo la vigencia de la concepción autoritaria, las fuerzas armadas sustituyen el profesionalismo que debe imperar en ellas para cumplir sus funciones militares y subordinarse a la cadena de mandos que establece la Constitución, por una actividad política que, inevitablemente, conduce al deterioro de su prestigio y autoridad ante el pueblo. Los vicios —casi siempre de índole moral— que se invocan para la instauración de regímenes cívico-militares sugestivamente aparecen sensiblemente incrementados cuando concluye su vigencia. Se opera un apartamiento de los sabios consejos expuestos por José de San Martín de que "la presencia de un militar afortunado, por más desprendimiento que tenga, es temible a los Estados" y "mi sable jamás saldrá de la vaina por opiniones políticas".

(1) Fallos CS 322:385.

(2) Fallos CS 174:299; 174:306; 176:353; 181:255; 184:660; 191:514.

(3) Causa 1325, "Cavalló, Domingo s/recurso de casación", resuelta el 8/8/1997 por los jueces Juan Rodríguez Basavilbaso, Liliana Catucci y Alfredo Bisordi. LA LEY, 1997-E, 947 - DJ, 1997-3-1064.

(4) Sent. del 19/10/2004, Fallos CS, 327:4376; LA LEY, 2005-B, 63.

(5) Fallos CS 321:2619.

(6) "Barr v. Matteo", 360 US 564; "New York Times v. Sullivan", 376 US 255.

(7) Fallos CS 320:2831.

(8) "Youngstown Sheet & Tube Co. Vs. Sawyer" (343 U.S. 579).

(9) Fallos CS 322:1726 (caso "Verrocchi").

(10) Caso "San Luis", Fallos CS 326:417.

(11) Fallos CS 322:1726 y caso "Tobar", Fallos CS 325:2059.

(12) Fallos CS 6:227.

(13) Fallos CS 136:244.

(14) Fallos CS 165:199.

(15) Fallos CS 313:1392.

(16) Fallos CS 315:2422.

(17) Fallos CS 330:3248.

(18) Fallos CS 327:3312.

(19) Fallos CS 328:2056.

(20) Fallos CS 313:1392.

## CAPÍTULO XIX

### Poder Judicial

#### SUMARIO

- 586. Función judicial
- 587. Tribunales administrativos.
- 588. Arbitraje.
- 589. Estructura del Poder Judicial.
- 590. Competencia de la justicia federal.
- 591. Competencia de la Corte Suprema de Justicia.
- 592. Competencia originaria.
- 593. Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero.
- 594. Competencia apelada.
- 595. Conflictos interprovinciales.
- 596. Titularidad del Poder Judicial.
- 597. La Corte Suprema de Justicia.
- 598. Condiciones e incompatibilidades.
- 599. Nombramiento y remoción de los jueces.
- 600. Jueces de la Corte Suprema de Justicia.
- 601. Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia.
- 602. División de la Corte Suprema de Justicia en salas.
- 603. Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.
- 604. Conjueces de la Corte Suprema de Justicia.
- 605. Jueces de los tribunales inferiores de la Nación.
- 606. Independencia del Poder Judicial.
- 607. Inamovilidad de los jueces.
- 608. Compensación económica.
- 609. Los jueces y el impuesto a las ganancias.
- 610. Otras garantías.
- 611. Publicidad de los actos judiciales.
- 612. Potestades disciplinarias.

- 613. El juicio por jurados.

- 614. Consejo de la Magistratura.

- 615. Composición del Consejo de la Magistratura.

- 616. Atribuciones del Consejo de la Magistratura.

- 617. Atribuciones administrativas.

- 618. Selección de candidatos para cargos judiciales.

- 619. Sanciones disciplinarias.

- 620. Remoción de los jueces.

- 621. Jurado de enjuiciamiento.

- 622. Ministerio Público.

- 586. Función judicial

La doctrina de la separación de las funciones gubernamentales, esbozada por Locke, expuesta por Montesquieu y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, constituye la técnica más eficiente para evitar la concentración del poder con su secuela inevitable de abuso y consecuente degradación de la libertad y dignidad de las personas.

La distribución del ejercicio del poder estatal entre los diversos órganos del gobierno requiere la instrumentación de un delicado equilibrio y coordinación para evitar la atrofia o ineficiencia del poder y, al mismo tiempo, una sutil técnica de controles recíprocos para impedir que su manifestación desborde los límites impuestos en salvaguarda de los fines humanistas que caracterizan a las sociedades políticas democráticas.

La Constitución Nacional expone claramente aquella doctrina de la división de los poderes forjada por el movimiento constitucionalista, al establecer las garantías para el funcionamiento independiente de los tres órganos del gobierno, aunque sujetos a controles horizontales y verticales.

Pero, de manera muy especial, la Ley Fundamental se ocupa de las garantías destinadas a tutelar la independencia del Poder Judicial porque, al ser políticamente el más débil de los órganos gubernamentales, requiere de una mayor protección constitucional para preservar el equilibrio entre ellos y evitar su subordinación a los órganos ejecutivo y legislativo.

El desarrollo del movimiento constitucionalista determinó la paulatina separación de las funciones del gobierno. Sin embargo, en una primera etapa, la separación se concentró en distinguir la función legislativa de la ejecutiva. No aconteció lo propio con el Poder Judicial. La facultad de aplicar las leyes para resolver los conflictos particulares fue considerada como una potestad residual perteneciente al órgano ejecutivo. Recién en el siglo XVIII comenzaron a ser formuladas ciertas

concepciones orgánicas que pretendían sustraer al órgano ejecutivo la función judicial.

En los países europeos el proceso fue lento y engorroso. Hasta el día de hoy se advierte una dependencia del órgano judicial ordinario frente a los poderes políticos en la medida que se le desconoce la función de ejercer el control de constitucionalidad. En los sistemas parlamentarios europeos esa potestad fundamental es conferida a órganos especiales en cuya integración, de manera total o parcial, gravita decisivamente el parlamento o el órgano ejecutivo.

En cambio, en los países americanos que adoptaron el modelo presidencialista impuesto por la Constitución de los Estados Unidos, el órgano judicial aparece revestido de una fortaleza singular que le permite ejercer su actividad jurisdiccional en una doble dirección.

Por una parte, mediante la aplicación de la ley resuelve las controversias suscitadas entre particulares en un proceso judicial, promovido por parte interesada que tiene un legítimo interés para ello. Por otra parte, ejerce el control de constitucionalidad que le permite, en cada caso concreto, verificar si los actos de los órganos legislativo y ejecutivo se adecuan a la Constitución, y declarar su inaplicabilidad si así fuera. A estas expresiones de la actividad jurisdiccional se añade el poder administrativo y disciplinario reconocido al Poder Judicial en resguardo de su autoridad e independencia.

¿Cuál es el objeto de la función jurisdiccional atribuida al órgano judicial? Fundamentalmente es el de aplicar la ley. Esta primera aproximación excluye la hipótesis de que el rol del Poder Judicial es el de administrar justicia. Todos los órganos del gobierno, en el marco de sus competencias, deben bregar por la vigencia de la justicia. No es, por ende, una función propia del Poder Judicial. Su función primordial es la aplicación de la ley. Pero, a través de su interpretación, debe procurar que la solución de los casos concretos no desemboque en una manifiesta situación de injusticia. Sin embargo, cuando esa interpretación no es viable y si la aplicación de la norma no puede ser tachada de inconstitucional a pesar de la injusticia que trae aparejada, el órgano judicial debe resolver en función de esa norma. Caso contrario, estaremos atribuyendo funciones legislativas al órgano judicial que, sin llegar al extremo del gobierno de los jueces, puede afectar seriamente la doctrina de la división de los poderes.

Luqui plantea nítidamente una diferencia entre la función jurisdiccional y la función judicial. "La jurisdicción es la función de un órgano público independiente de decir el derecho en las contiendas de intereses, con fuerza de verdad legal, luego de un procedimiento de debate, y de ejercer la autoridad necesaria para que se cumpla su decisión". En cambio, la función judicial "es la actividad estatal que el ordenamiento jurídico atribuye a los órganos que integran el Poder Judicial". Así la función judicial es una especie del género que es la función jurisdiccional.

En tal sentido, los actos judiciales son todos aquellos que, conforme a la Constitución, deben emanar de los tribunales judiciales. En cambio, en el ámbito jurisdiccional administrativo, el Poder Ejecutivo puede revocar por ilícitos los

actos que emanan de los organismos administrativos, en el marco de un procedimiento jurisdiccional que no tendrá carácter judicial, aunque estará sujeto al control judicial si esa actividad jurisdiccional lesiona derechos subjetivos.

#### 587. Tribunales administrativos

El dinamismo político y administrativo del Estado moderno condujo, por vía legislativa, a otorgarle funciones jurisdiccionales al órgano ejecutivo. El propósito de dotar de mayor celeridad a las resoluciones administrativas determinó la conveniencia de la creación de tribunales administrativos que resuelven cuestiones suscitadas entre los particulares y el órgano administrador.

En definitiva, se les reconocen funciones jurisdiccionales a ciertos organismos dependientes del Poder Ejecutivo. Es, realmente, una situación patológica si tenemos en cuenta que el art. 109 de la Constitución determina en forma categórica que el presidente de la Nación en ningún caso puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas. Ni siquiera mediando ley del Congreso que establezca los tribunales administrativos. Sus únicas atribuciones en esta materia consisten en una función de control sobre el Poder Judicial mediante el indulto y la conmutación de penas.

En una postura diferente, que se adecua a nuestra realidad jurídica, Luqui señala que la complejidad de la función administrativa moderna fue el factor determinante de la búsqueda de nuevas fórmulas para asegurar la legalidad de la Administración. Asimismo, sobre la base de la distinción entre la función judicial y la jurisdiccional, entiende que "la creación de tribunales para controlar la actividad interna de la Administración y de los establecidos para revisar originariamente su actividad externa, no pueden de ninguna manera considerarse contrarios o prohibidos por la Constitución porque no ejercen funciones judiciales, que son únicamente las que la Constitución atribuye al Poder Judicial".

No podemos desconocer la razonabilidad de semejante postura, particularmente cuando la jurisdicción administrativa decide conflictos internos de la Administración, sin mengua de su control judicial. Pero no acontece lo propio con las controversias de la Administración con particulares que no están sujetos a su poder disciplinario, y que lesionan derechos subjetivos.

Consideramos que el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la Administración colisiona gravemente con la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 Constitución Nacional), al tiempo que conduce a soluciones que no se compadecen con los fines personalistas de la Ley Fundamental. Es que esa garantía del debido proceso legal se traduce en una serie de previsiones, entre las cuales quedan incluidas la prohibición del juzgamiento por comisiones especiales y la aplicación de sanciones sin previo proceso judicial. Las gravísimas lesiones a las reglas del debido proceso y a los derechos subjetivos de los administrados, concretadas por la actuación de los tribunales administrativos, determinan la conveniencia de su sustitución por organismos judiciales.

A pesar del sistema jurisdiccional que tan claramente establece la Constitución y expone la doctrina constitucional, desde lejana data nuestra jurisprudencia ha admitido el funcionamiento de los llamados tribunales administrativos.

De todos modos, esa misma jurisprudencia ha condicionado la validez de los actos emanados de los jueces administrativos a su posterior, efectivo y suficiente control judicial. No solamente sobre el derecho aplicado sino también, a nuestro juicio, sobre la valoración de los hechos efectuada en sede administrativa.

Esto significa que la ejecución de las resoluciones que dicten los tribunales administrativos debe ser susceptible de una completa revisión judicial antes de que ellas se hagan efectivas. Asimismo, el acceso a la vía judicial no puede quedar condicionado a ciertos requisitos inadmisibles tales como, en materia impositiva, el principio "solve et repete" . Porque si la revisión judicial se opera después del cumplimiento de la resolución administrativa, la cuestión se puede tornar fácticamente abstracta y la libertad particular involucrada en el caso concreto no podrá ser reparada debidamente (1).

En esta corriente se enrola, con cierta cuota de aire renovador, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Estrada". Una sociedad demandó a la empresa distribuidora de energía eléctrica al pago de una indemnización por los daños que le había ocasionado el suministro de ella en niveles de tensión inapropiados. El reclamo no se hizo en sede judicial sino ante el Ente Nacional Regulador de Electricidad, encargado de ordenar y fiscalizar la generación, transporte y distribución de energía eléctrica. El Ente rechazó el reclamo y el accionante recurrió ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El Tribunal judicial admitió el recurso, que estaba previsto en la ley que creó al Ente, en el cual decidió que la prestadora del servicio debía pagar las multas por el incumplimiento de sus obligaciones, y remitió el expediente al Ente Nacional Regulador de Electricidad para que determinara el monto indemnizatorio que debía ser abonado al demandante.

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la demandada y revocó la sentencia. Sostuvo que, en principio, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a los órganos de la Administración Pública desconoce lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional, que garantizan la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y prohíben al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Consideró que la cuestión planteada estaba regida por el derecho común, por lo que correspondía su solución a los tribunales judiciales y no a un órgano administrativo con potestades jurisdiccionales.

Nuestra doctrina jurisprudencial tiene resuelto que toda ley o decreto atributivo de funciones jurisdiccionales a un tribunal administrativo debe prever contra sus decisiones una vía recursiva amplia ante los jueces que integran el Poder Judicial. Toda cláusula que establezca la inapelabilidad de esas decisiones carece de validez constitucional. Asimismo, si no está prevista la vía recursiva, quien considere que fueron lesionados sus derechos subjetivos por la decisión adoptada por un tribunal

administrativo, siempre podrá plantear la apelación correspondiente ante los órganos judiciales (2) .

Los tribunales administrativos no forman parte del Poder Judicial y sus integrantes no están equiparados a los jueces y miembros del Ministerio Público en orden a las garantías de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones judiciales previstas en los arts. 110 y 120 de la Constitución Nacional. Tal fue el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia cuando convalidó la reducción salarial prevista por el decreto 290/95 para los funcionarios de la administración pública, entre ellos los vocales del Tribunal Fiscal de la Nación (3).

#### 588. Arbitraje

El arbitraje consiste en un procedimiento acordado por las partes, o impuesto por la ley o un tratado internacional, en virtud del cual las controversias se someten a la decisión de un tercero que puede ser un particular, un organismo público o privado, o una entidad internacional. Es una forma particularmente eficiente y rápida para dirimir ciertos conflictos, en especial mercantiles o financieros, y al cual se acude asiduamente.

La decisión del árbitro o tribunal arbitral es obligatoria para las partes y debe ser cumplida, con las excepciones dispuestas por ellas o el legislador sobre su revisión por un tribunal judicial. Como el árbitro carece de potestad para ordenar la ejecución de su laudo, cabe afirmar que no ejerce una función jurisdiccional propiamente dicha. En efecto, la ejecución del laudo debe ser requerida al juez titular de la función jurisdiccional.

El art. 736 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que toda cuestión entre partes puede ser sometida a la decisión de jueces árbitros con excepción de aquellas que no pueden ser objeto de transacción (art. 737). Entre ellas, cabe citar la promoción de acciones penales; las cuestiones sobre la validez o nulidad del matrimonio; las cuestiones sobre cosas que están fuera del comercio; las cuestiones relativas a la patria potestad, filiación o sobre la herencia de una persona que no ha fallecido.

El arbitraje presupone, salvo cuando es impuesto por ley o un tratado internacional, un compromiso previo de las partes, la fijación de un procedimiento arbitral y el objeto sobre el cual deberá recaer el laudo.

El proceso arbitral, en el cual se deben cumplir las reglas y garantías del debido proceso, concluye con el laudo emitido por el árbitro para resolver la controversia planteada. Contra el laudo se pueden interponer todos los recursos admisibles respecto de las sentencias que dicten los jueces. Las partes pueden renunciar a la potestad de recurrir con la salvedad de los recursos de aclaratoria y nulidad por incumplimiento esencial del procedimiento, por ser pronunciado fuera de término, por ser autocontradictorio o por expedirse sobre puntos no comprometidos. También es viable por la causal de arbitrariedad. En tal caso, si el recurso es rechazado la parte afectada podrá acudir al tribunal judicial por vía del recurso de hecho.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que la irrecurribilidad pactada del laudo carece de validez si viola el orden público, si es ilegal o irrazonable. En el caso "Cartellone" (4) la Corte Suprema dejó sin efecto un laudo sobre puntos no comprometidos debido a que el tribunal arbitral reconoció al demandante un crédito mayor por considerar un lapso de la relación jurídica entre las partes que excedía al convenido.

En reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia aceptó la revisión de un laudo arbitral por vía del recurso ordinario o del extraordinario por la causal de arbitrariedad (5) , particularmente en los casos de jurisdicción arbitral obligatoria.

También, y con anterioridad, la Corte Suprema aceptó la validez de las cláusulas que someten las diferencias de las partes a un tribunal arbitral internacional (6) . Criterio que confirma una lejana tradición aceptada sobre el particular por el Estado Nacional.

Una situación particular se presenta, a partir de 2005, con motivo de la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de no dar cumplimiento a los laudos dictados contra la Nación por tribunales arbitrales de carácter internacional. Por ley 24.353, la Argentina se adhirió al Tratado de Washington que estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que prevé el funcionamiento de un tribunal arbitral, dependiente del Banco Mundial. Ante él se deben plantear los reclamos de los extranjeros contra un Estado por quedar sus inversiones afectadas por expropiaciones u otras restricciones de carácter confiscatorio. Sus laudos son definitivos e irrevisables por los Estados parte.

El convenio elimina el procedimiento del exequátur y la sentencia del CIADI no es revisable por los tribunales estatales. El incumplimiento del laudo emitido por el CIADI permite iniciar un procedimiento de reconocimiento y ejecución judicial en un Estado parte que puede ser diferente del que fue parte en el arbitraje. En el proceso de ejecución, no es viable oponer la inmunidad de jurisdicción aunque sí la inmunidad de ejecución que prevea la legislación del país donde pretenda llevarse a cabo la ejecución. Este criterio fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia (7) .

Por nuestra parte, consideramos que el convenio tiene jerarquía suprallegal (art. 75, inc. 22, CN) y que su cumplimiento está impuesto por el art. 27 de la Convención de Viena. Pero no tiene jerarquía constitucional o supraconstitucional, de modo que si el laudo no se adecua a la norma contenida en el art. 27 de la Constitución federal, se podría cuestionar su validez en el caso concreto. Tal decisión, si bien sería válida en el orden interno, acarreará la responsabilidad internacional del Estado. Máxime en el caso argentino donde los tratados bilaterales suscriptos no fueron denunciados al concluir su vigencia, sino que fueron prorrogados y renovados tácitamente por el lapso de diez años.

Las medidas económicas adoptadas a partir de 2002, que constituyeron reales confiscaciones totales o parciales, importaron el desconocimiento de aquellos documentos internacionales al desconocer unilateralmente la deuda externa. Tal hecho determinó la promoción de demandas ante el CIADI que concluyeron con laudos adversos para el Estado nacional. Como el Poder Ejecutivo declaró que no

iba a acatar las decisiones del tribunal arbitral, porque ellas estarían vulnerando el orden público, tal decisión, si bien en principio sería inejecutable debido a la doctrina de la inmunidad del Estado, conlleva necesariamente una absoluta falta de confianza en el país y su consecuente aislamiento internacional de las naciones más progresistas.

Mientras que el arbitraje presupone el ejercicio de la función jurisdiccional, la mediación carece de todo efecto jurisdiccional. Es un procedimiento reservado impuesto por la ley, o acordado por las partes, para concretar una solución amistosa al conflicto que los enfrenta. Si no se produce el acuerdo, cualquiera de las partes puede acudir a la vía judicial en salvaguarda de sus derechos. El acuerdo concertado en el curso de la mediación es ejecutable judicialmente.

En el orden nacional, si bien está permitida la mediación voluntaria, ella no excluye la mediación obligatoria regulada por la ley 24.573. La regulación del instituto de la mediación en el orden provincial corresponde a las legislaturas locales. Ella es válida siempre que no importe la modificación de la legislación de fondo que, conforme al art. 75, inc. 12, de la Ley Fundamental incumbe exclusivamente al Congreso de la Nación.

#### 589. Estructura del Poder Judicial

El art. 108 de la Constitución establece que, en el orden federal, el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores cuya creación disponga el Congreso en todo el territorio del país. De manera concordante, el art. 75, inc. 20, ordena que corresponde al Congreso establecer los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a estas normas resulta que:

- 1) La jefatura del Poder Judicial corresponde a la Corte Suprema de Justicia.
- 2) La creación de los tribunales judiciales inferiores es facultad propia del Congreso.
- 3) Existen dos órdenes jurisdiccionales, el federal y el provincial. Este último reconocido a las provincias por el art. 5º de la Constitución y que es presupuesto para hacer efectiva la garantía federal.
- 4) El Ministerio Público (art. 120 Constitución Nacional) forma parte del Poder Judicial y colabora con los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, aunque no la ejerce. Otro tanto sucede con el Consejo de la Magistratura (art. 114 Constitución Nacional) .

La jurisdicción federal es atribuida a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores creados por el Congreso. La jurisdicción provincial corresponde a los tribunales provinciales que son competentes para intervenir en los casos que suscitan las cuestiones de derecho común previstas en el art. 75, inc. 12, de la Constitución, las resultantes de las leyes locales y las que emanan de leyes



nacionales cuando respecto de ellas no se establece su sujeción al Poder Judicial federal.

Con respecto a los jueces nacionales, que aplican el derecho común en la Capital Federal, el régimen de autonomía de segundo grado previsto en el art. 129 de la Constitución autoriza su sustitución por un Poder Judicial local. Esa sustitución está supeditada a las disposiciones de la ley que garantiza los intereses del Estado nacional, que puede disponer la permanencia del fuero nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires prosiga siendo la Capital de la República.

#### 590. Competencia de la justicia federal

El Poder Judicial nacional comprende a los jueces federales con competencia para intervenir sobre materias determinadas en la Capital Federal y en las provincias, así como a los llamados jueces nacionales con competencia para aplicar el derecho común y las materias que determine el Congreso en el territorio de la Capital Federal.

La competencia del Poder Judicial federal se establece por razón de la materia, de las partes y del lugar donde se producen los hechos generadores del caso judicial. Su interpretación, al igual que las competencias de los órganos legislativo y ejecutivo, debe ser restrictiva por aplicación del art. 121 de la Ley Fundamental. Esto es así porque las provincias conservan todas las atribuciones que, mediante la Constitución, no han transferido al Estado federal.

La jurisdicción federal se extiende sobre todas las materias citadas en el art. 75, inc. 12, de la Constitución, cuando así corresponda por razón de la materia, de las partes intervinientes en el proceso o del lugar de producción de los hechos que originan el proceso judicial. En los casos restantes, tales materias quedan sujetas a la jurisdicción provincial. Sin embargo, tratándose de cuestiones sobre naturalización y nacionalidad, falsificación de moneda nacional y de documentos públicos del gobierno nacional, ellas quedan sujetas a la jurisdicción federal.

La jurisdicción federal también se extiende sobre las cuestiones citadas en el art. 116 de la Ley Fundamental y a todos aquellos casos que, conforme al articulado de la Constitución, involucran cuestiones de competencia exclusiva del gobierno federal, como el régimen aduanero y la navegación internacional o interprovincial.

Conforme al art. 116 de la Constitución, corresponde a los jueces federales el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Ley Fundamental, los tratados internacionales y las leyes federales. Son aquellos casos en que su resolución importa la aplicación directa de tales normas y no las del derecho común, con la salvedad, respecto de estas últimas, de que se imponga la jurisdicción federal por razón del lugar o de las personas.

Cuando se cuestiona la validez de una ley o cláusula de una constitución provincial, la cuestión deberá ser resuelta por los tribunales locales pero, si la sentencia avala la validez de esa norma y desconoce el derecho federal invocado, corresponde al Poder Judicial federal resolver el caso por vía de apelación (8) .

Si al resolver una causa de derecho común, un tribunal local se aparta de la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia y declara la inconstitucionalidad de una norma legal que le atribuye a aquélla efecto vinculante, la decisión final del caso corresponderá al Poder Judicial federal si se requiere su intervención (9).

Son de competencia del Poder Judicial federal las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima (art. 116 Constitución Nacional). Ella abarca la navegación o aeronavegación interprovincial o internacional con sus secuelas, tales como los contratos de fletamento, los accidentes o las trabas impuestas a ese tipo de navegación. No se incluye la navegación intraprovincial, realizada por buques que carecen de capacidad para la navegación interprovincial o internacional.

Por razón de la materia, son de competencia federal las cuestiones donde se cuestiona la validez directa de normas federales o de un impuesto nacional, la prestación de servicios telefónicos o de radiodifusión, o de transporte ferroviario nacional, o las cuestiones relacionadas con la elección de autoridades nacionales y con los partidos políticos nacionales.

La competencia federal directa por razón de la materia no es prorrogable.

La competencia del Poder Judicial federal por razones de lugar se extiende sobre los espacios físicos que corresponden al dominio del Estado federal, aunque estén situados en las provincias (art. 75, inc. 30, Constitución Nacional). Quedan comprendidos en esta categoría todos los lugares que, por ley del Congreso, estén sujetos a la jurisdicción federal aunque, en la mayoría de los casos, ello se vincula a una razón de materia. En estos casos, el hecho determinante de la competencia federal debe guardar relación directa con la sujeción del espacio físico al Estado federal.

Son cuestiones federales por razón de las partes intervinientes:

- 1) Las causas en que el Estado federal es parte.
- 2) Las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros.
- 3) Las causas que se susciten entre dos o más provincias.
- 4) Las causas trabadas entre una provincia y los vecinos de otra.
- 5) Las causas que se susciten entre vecinos de diferentes provincias.
- 6) Las causas entre una provincia, o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Son cuestiones federales, por razón de la naturaleza de las partes intervinientes, todas aquellas en que participa el Estado federal, ya sea como accionante o demandado, de manera directa o a través de sus organismos, empresas o entidades autárquicas. Esa cuestión federal existe aunque el Estado sea citado, por alguna de las partes, con el carácter de tercero (10) .

Son federales y de competencia originaria de la Corte Suprema las cuestiones donde es parte un Estado extranjero, siempre que éste renuncie a la inmunidad de jurisdicción que le reconoce el derecho internacional. Esa renuncia no sería necesaria cuando se tratan cuestiones de derecho común.

El carácter federal se extiende a las representaciones diplomáticas de los Estados extranjeros, así como también a las personas que componen la legación extranjera y sus familiares.

Las cuestiones que se susciten entre dos o más provincias son de competencia del Poder Judicial federal, con la salvedad de aquellas que importen un conflicto de límites. Tales controversias deben ser resueltas por el Congreso (art. 75, inc. 15 Constitución Nacional), sin perjuicio de la eventual intervención de la Corte Suprema de Justicia (art. 127 Constitución Nacional).

Las causas que se susciten entre una provincia y los vecinos de otra o ciudadanos extranjeros deben ser causas de derecho común. Si la cuestión queda sujeta a normas del derecho público provincial no son de competencia de la justicia federal (11) , sin perjuicio de que se pueda recurrir, por vía de apelación, al Poder Judicial federal.

Las causas que se susciten por razones de vecindad tienen por objeto garantizar la imparcialidad del proceso judicial. En estos casos la jurisdicción es prorrogable de manera expresa, o implícitamente cuando se acepta la jurisdicción elegida por el accionante. Si el accionante es vecino de una provincia y demanda ante los tribunales locales al vecino de otra provincia, éste puede requerir la intervención de los tribunales federales pero, si no lo hace, será competente el tribunal local. Asimismo, si el demandante plantea su reclamo ante el tribunal federal, el vecino de otra provincia podrá requerir la intervención del tribunal local.

Si son varios los litigantes que asumen el rol de parte actora o demandada, es necesario que todos ellos, en su respectiva categoría, sean vecinos de una provincia. Pero, la jurisdicción federal no puede ser invocada en caso de vecindad por el habitante de la provincia ante cuyos tribunales locales se sustancia la causa judicial. La vecindad, en el caso de las personas físicas, se determina por su domicilio real pero, en el caso de las personas jurídicas, por el asiento principal de sus negocios y no por su domicilio legal.

Las reglas de vecindad no son aplicables en materia laboral, así como tampoco en los juicios universales de concurso de acreedores y partición de herencia, casos en los cuales debe intervenir el juez provincial competente.

#### 591. Competencia de la Corte Suprema de Justicia

La competencia de la Corte Suprema de Justicia, para intervenir en las controversias que se susciten entre los litigantes, se clasifica en originaria y apelada.

A su vez, la competencia apelada puede ser ordinaria o extraordinaria.

Las normas que regulan esta materia están contenidas en los arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental, en el art. 24 del decreto-ley 1285/58 y en la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

Al margen de las competencias asignadas a la Corte Suprema para intervenir en procesos judiciales y decidir sobre la esencia de las controversias en debate, también le compete la potestad de decidir las contiendas de competencia que se plantean entre los magistrados judiciales.

El art. 17 de la ley 48 establece que corresponde a la Corte decidir las competencias que se susciten a instancia de parte sobre la jurisdicción de los jueces nacionales.

El art. 9º de la ley 4055 dispone que la Corte Suprema dirimirá las cuestiones de competencia que se susciten:

1) Entre las cámaras federales de apelación; entre las cámaras federales y un juez o tribunal superior nacional con asiento en la Capital Federal; y entre las cámaras federales y un juez o tribunal superior de provincia.

2) Entre un juez federal y un juez o superior tribunal nacional con asiento en la Capital Federal; y entre un juez federal y un juez o superior tribunal de provincia.

3) Entre un juez o tribunal superior nacional con asiento en la Capital Federal y un juez o tribunal superior de provincia; entre tribunales superiores de provincias; entre jueces de distintas provincias; y entre un tribunal militar y un juez de jurisdicción nacional o provincial.

El art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58 establece que las cuestiones de competencia que se susciten entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común deben ser resueltas por la Corte Suprema. Otro tanto cuando su intervención sea necesaria para evitar una privación de justicia, en cuyo caso decidirá cuál es el juez competente. Pero, si los conflictos se presentan entre jueces nacionales de primera instancia, la decisión estará a cargo de la cámara de la cual dependa el primer juez interviniente en el caso.

En los conflictos de competencia que se suscitan entre magistrados judiciales, son ellos quienes remiten las actuaciones a la Corte Suprema sin intervención alguna de los litigantes. Si la cuestión de competencia es planteada por una de las partes y desestimada por el juez interviniente, aquélla puede llegar a plantear el caso ante la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario, agotando las instancias previas que concluyen con el pronunciamiento del superior tribunal en la causa.

Al margen de las funciones judiciales, conforme al art. 113 de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia tiene funciones administrativas específicas. Los actos emanados de ella en ejercicio de funciones administrativas están sujetos al control de los tribunales judiciales con igual alcance que los actos de naturaleza análoga realizados por otros departamentos del gobierno federal. En tal sentido la Corte entendió que sus resoluciones sobre la admisibilidad de una compensación salarial requerida por un funcionario judicial por haber cumplido servicios en el régimen

de subrogancias son actos administrativos revisables judicialmente en las instancias inferiores (12) .

Esa actividad administrativa no se ciñe a una lectura literal del art. 113 de la Constitución, pues se extiende a diversos organismos dependientes del Poder Judicial y que brindan un servicio de carácter auxiliar. También se extiende al área disciplinaria y a ciertos ámbitos relacionados con la función judicial de la Corte.

#### 592. Competencia originaria

El art. 117 de la Constitución establece, en su parte final, que es de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, así como también todos aquellos casos en que alguna provincia fuese parte.

La interpretación de esta norma debe ser restrictiva. El art. 116 enuncia las materias en que procede la intervención de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación. En la primera parte del art. 117 se establece que, en tales casos, la Corte Suprema de Justicia ejercerá su poder jurisdiccional por apelación conforme a las reglas que establezca el Congreso.

El principio general es que el Alto Tribunal intervenga como consecuencia de un recurso de apelación. La excepción, contenida en la segunda parte del art. 117, impone la intervención originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. De manera que, en caso de duda, la solución consistirá en negar la competencia originaria de dicho Tribunal.

La Corte declaró ser incompetente para dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado a fijar un monto razonable a los honorarios establecidos por el Alto Tribunal en un caso concreto. Para adoptar semejante decisión se impone la intervención previa de los interesados a fin de ejercer su derecho de defensa porque, caso contrario, se estará vulnerando el derecho de propiedad de ellos. Añadió que carece de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por la garantía de cosa juzgada, de modo que es el Poder Ejecutivo quien debe adoptar las medidas conducentes para dar cumplimiento a una sentencia emanada de un organismo internacional (13) .

Los temas de competencia originaria y exclusiva impiden que cualquier otro tribunal judicial pueda intervenir en ellas. Por ley del Congreso no es posible aumentar ni reducir esas cuestiones, y las sentencias que emita la Corte Suprema no son susceptibles de revisión por otro tribunal. Contra ellas solamente cabe interponer el recurso de reposición o revocatoria, por ante el mismo Tribunal.

Las cuestiones de competencia originaria de la Corte Suprema están determinadas básicamente por razón de las personas y no de la materia objeto del proceso, la que, eventualmente, puede ser de competencia de los jueces federales inferiores. No interesa si se trata de una cuestión regida por la legislación civil, comercial,

penal, o de otra índole. Lo fundamental es que la acción judicial sea promovida por o contra alguna de las personas que enuncia el art. 117 de la Constitución.

El art. 24 del decreto-ley 1285/58 establece que son causas concernientes a embajadores y ministros extranjeros las que los afecten directamente por debatirse en ellas derechos que los asisten, así como también las que afecten a personas de su familia y al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático.

La Corte Suprema tiene resuelto que los conflictos laborales en que es parte una embajada extranjera no son de su competencia originaria. Pero sí pueden llegar a su entendimiento por vía del recurso extraordinario de apelación.

La Corte Suprema tiene resuelto que no es de su competencia originaria la denuncia realizada contra la Embajada de un Estado por una presunta estafa, al no involucrar a algún funcionario que tenga estado diplomático (14) .

La causa iniciada por la posible comisión del delito previsto en el art. 128 del Código Penal contra quien está acreditado como agente diplomático en la República Argentina corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema. Pero no es de competencia originaria de la Corte una causa por hurto en perjuicio de integrantes de la familia real de un país extranjero, pues su estadía en la República no era oficial sino que respondía a motivos personales (15) .

Si bien la competencia originaria es improrrogable, se considera que la parte amparada por la prerrogativa puede renunciar a ella. En tal caso, la cuestión será debatida ante los jueces inferiores federales o provinciales si, en el último de estos supuestos, la materia no reviste carácter federal.

El art. 117 de la Constitución también establece la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos casos en que es parte alguna provincia. Ya sea en forma directa —como accionante o demandada— o de manera indirecta, como cuando se dispone su intervención obligada en el proceso como tercero a requerimiento de alguna de las partes.

Si bien el art. 117 de la Constitución establece que es de competencia originaria de la Corte el tratamiento de una causa en que sea parte una provincia, ella debe versar sobre una cuestión de derecho común y no de derecho público provincial. Ello no es óbice para que las cuestiones federales que contenga el litigio puedan ser consideradas por la Corte mediante el recurso extraordinario de apelación.

No se trata de una cuestión de derecho público local la acción promovida por un juez provincial, con el objeto de demandar que se declare la inconstitucionalidad de una norma de la Constitución de Salta que, al desconocer el principio de la inmovilidad de los magistrados judiciales por hallarse en condiciones de acogerse a los beneficios jubilatorios, estaría vulnerando una garantía federal prevista en los arts. 5º y 110 de la Constitución Nacional. La Corte dispuso que el proceso era de su competencia originaria y dictó una medida cautelar en resguardo de la permanencia en su cargo judicial del magistrado accionante (16) .

En el caso "Diéguez" (17), la Corte consideró que era de su competencia originaria la demanda promovida por un particular contra un instituto de obra social médica de la Provincia de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires y el Estado nacional en requerimiento de una medida cautelar para que se le suministraran ciertos fármacos. La cuestión federal resultaba del hecho de ser demandadas una provincia y el Estado nacional.

También consideró la Corte Suprema como de su competencia originaria la demanda promovida por la Universidad Nacional de Salta por la inconstitucionalidad de una ley local, por ser partes una entidad nacional y una provincia, y además porque el Estado nacional había sido citado como tercero.

La Corte Suprema, en apartamiento de la doctrina forjada en el caso "De Gandía" (18), y en virtud de retomar un antiguo precedente (19), decidió que no es de competencia originaria del Alto Tribunal la demanda promovida contra una provincia, por el vecino de otra, para reclamar el resarcimiento de los daños que le ocasionó la actuación irregular de su personal policial. Entendió que no era una hipótesis de causa civil porque la solución del caso requería la aplicación de normas del derecho público provincial, o el examen o revisión de actos administrativos provinciales que permanecen en la esfera de la retención efectuada por las provincias en el art. 121 de la Constitución federal (20). Esta doctrina, de dudosa razonabilidad, reduce sensiblemente los casos de competencia originaria de la Corte Suprema por demandas promovidas contra una provincia por los vecinos de otra.

Conforme a la doctrina expuesta por la Corte Suprema a partir del caso "Barreto", la competencia originaria de la Corte queda supeditada a que su resolución no esté contemplada por normas provinciales. Así, toda acción u omisión atribuida a los órganos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de una provincia no son de competencia originaria de la Corte pues su regulación incumbe al derecho público provincial en forma exclusiva. Lo propio acontece cuando se opera una acumulación subjetiva de acciones, o cuando al margen del derecho federal invocado se cuestiona la validez de una norma provincial por colisionar con otra de igual naturaleza. Pero subsiste la competencia originaria de la Corte si se impugna la validez de una norma provincial por ser contraria a la legislación federal.

Corresponde a la competencia originaria de la Corte entender en la acción promovida por una provincia en demanda de la declaración de inconstitucionalidad de normas nacionales que imponen derechos a la exportación sobre la base de la delegación efectuada por el Código Aduanero (21). También la demanda de una provincia para que se disponga la coparticipación de impuestos a los débitos y créditos bancarios, y toda cuestión que se suscite con una provincia por la imposición de gravámenes que afecten el comercio interjurisdiccional (22). Otro tanto acontece cuando se demanda la declaración de invalidez de una ley provincial que regula el control de la comercialización del tabaco, pues se trata de una materia de carácter federal regulada legislativamente por la Nación (23).

Quedan excluidos de la competencia originaria los entes municipales y las entidades provinciales que tienen personería jurídica propia.

La Corte Suprema tiene resuelto que no son de su competencia originaria aquellas causas en que es parte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque no reviste el carácter de provincia (24).

#### 593. Inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero

Son causas de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia las demandas que se promuevan contra un Estado extranjero. Pero, tanto en este caso como cuando se trata de embajadores y ministros extranjeros, la sustanciación del juicio requerirá, en principio, la previa conformidad del Estado demandado para ser sometido a juicio.

En el ámbito del derecho internacional, y hasta mediados del siglo XX, rigió la regla que establecía la inmunidad absoluta del Estado extranjero. Ella impedía someter a proceso judicial a ese Estado, a menos que mediara su aceptación expresa y para el caso concreto.

Frente a la inmunidad absoluta, se alzó la tesis de la inmunidad relativa. Conforme a ella, la inmunidad absoluta subsistía cuando se trata de actos realizados por el Estado extranjero como poder público, pero no cuando se trataba de actos ejecutados como persona de derecho privado de naturaleza comercial, previsional o laboral.

Ese criterio fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia, en apartamiento del sustentado hasta ese entonces, al decidir el caso "Manauta".

Como consecuencia de ese pronunciamiento, fue sancionada la ley 24.488. Ella mantiene la inmunidad de jurisdicción para el Estado extranjero con las excepciones siguientes:

- 1) Cuando media conformidad del Estado extranjero expuesta en un tratado internacional, en un contrato o en el sometimiento voluntario de hecho al proceso judicial.
- 2) Cuando el Estado extranjero se presenta en el proceso para reconvénir la demanda.
- 3) Cuando, en el caso de actos comerciales o de una actividad industrial, la jurisdicción argentina resultara del contrato o convenio generador de aquéllos.
- 4) Cuando se trate de demandas laborales promovidas por argentinos derivadas de contratos celebrados en el país o cuyos efectos se debían producir en territorio nacional.
- 5) Cuando se interpongan acciones judiciales sobre inmuebles ubicados en territorio nacional.
- 6) Cuando se trate de acciones relacionadas con el carácter de heredero o legatario del Estado extranjero respecto de bienes sitos en el territorio nacional.

7) En el caso de acciones resarcitorias derivadas de delitos o cuasidelitos perpetrados en territorio nacional.

8) En la resolución de conflictos comerciales sometidos a arbitraje, salvo disposición en contrario del convenio.

Las excepciones a la inmunidad de jurisdicción no autorizan, por sí mismas, la ejecución de la sentencia. Las convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares establecen que los locales de las misiones extranjeras y bienes existentes en ellos no pueden ser objeto de registro, secuestro, embargo u otra medida de ejecución. Otro tanto respecto de los bienes de un Estado extranjero ante la sentencia dictada en otro país, a menos que se hubiera consentido expresamente la ejecución.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que es inviable la ejecución de créditos laborales mediante el embargo de una cuenta del Estado extranjero, y aun cuando estuviera afectada a tal fin, porque lesiona el privilegio de inmunidad de ejecución impuesto por el derecho internacional (25) .

También se decidió que las acciones derivadas de un conflicto armado no pueden ser consideradas como parte de la actividad estatal iure gestionis , pues trasuntan el ejercicio del imperium . De modo que correspondía rechazar una demanda por indemnización de daños y perjuicios que habrían sido producidos por el Reino Unido, durante el conflicto bélico del Atlántico Sur.

#### 594. Competencia apelada

Las cuestiones de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia, por vía del recurso de apelación, están previstas en el art. 24 del decreto-ley 1285/58. Ellas son:

1) Los casos en que el Estado federal sea parte, en forma directa o indirecta, y el valor del litigio supere la cantidad que determine el Congreso (26) .

2) La extradición de criminales reclamados por Estados extranjeros.

3) Las causas referentes a los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles.

Encuadran en esta categoría los recursos que se plantean ante la Corte Suprema de Justicia por las denegaciones de la apelación interpuesta ante los tribunales inferiores y los recursos de queja por retardo de justicia contra los tribunales inferiores en cuestiones de competencia ordinaria.

Las cuestiones de competencia ordinaria por vía del recurso de apelación, en las cuales necesariamente debe intervenir la Corte Suprema de Justicia, no están determinadas por la Constitución. Ella se limita a indicar que las cuestiones previstas en el art. 116 de la Constitución pueden ser objeto de ese recurso ordinario de apelación. Pero corresponde al Congreso establecer cuáles de ellas

podrán ser objeto de revisión por el Alto Tribunal (art. 117, Constitución Nacional) y los requisitos que se deben cumplir.

Para la procedencia del recurso extraordinario, previsto en el art. 14 de la ley 48, es necesario que exista una cuestión federal o que la sentencia recurrida revista carácter manifiestamente arbitrario y lesivo para los derechos constitucionales, o que el tema en debate tenga relevante importancia y gravedad institucional.

La intervención extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia también se puede concretar a través del recurso de queja. Recurso que se plantea directamente ante ese Tribunal cuando, en la instancia inferior, es denegado el recurso extraordinario de apelación.

La Corte Suprema está habilitada para controlar la validez de las leyes que regulan su competencia apelada. En el caso "Itzcovich" (27) , declaró la inaplicabilidad del art. 19 de la ley 24.463 el cual establecía que "la sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio".

La Corte estimó que la norma estaba desprovista de razonabilidad porque creaba un procedimiento que, en los hechos, importaba una carga para un sector notoriamente discriminado de la sociedad, al tener que aguardar una sentencia ordinaria de la Corte para cobrar créditos que legítimamente le correspondían y que eran reconocidos por dos instancias judiciales, lo cual lo colocaba en una situación de notoria desventaja y disparidad con cualquier otro acreedor por la demora que llevaba su percepción.

#### 595. Conflictos interprovinciales

Los conflictos jurídicos que se plantean entre las provincias deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su competencia originaria y exclusiva (art. 117 Constitución Nacional).

Pero, al margen de los conflictos jurídicos que se traducen en una causa judicial, se pueden presentar entre las provincias conflictos de naturaleza política extraños al ámbito específicamente jurisdiccional.

Para la solución de tales controversias, la Constitución le atribuye una competencia originaria y exclusiva a la Corte Suprema de Justicia. Así, el art. 127 de la Ley Fundamental dispone que "Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificadas de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley".

La norma constitucional establece dos obligaciones. Una de ellas para las provincias, consistente en someter sus diferencias políticas a la Corte Suprema de Justicia. La restante, impuesta a ese tribunal, reside en el deber de resolver el conflicto planteado mediante la aplicación de las reglas del debido proceso legal. En ningún caso podría la Corte Suprema de Justicia omitir el cumplimiento de su

deber constitucional por alegar que se trata de una cuestión política, porque tales cuestiones son, precisamente, de naturaleza política.

Como consecuencia de esas dos obligaciones, surge una tercera: las provincias tienen el deber de acatar la decisión del Alto Tribunal que ser ejecutable por las vías correspondientes e, inclusive, mediante la intervención federal de la provincia que se resista a cumplir la orden del Alto Tribunal.

La potestad discrecional que la Constitución le confiere en este caso a la Corte Suprema de Justicia le permite apartarse de las normas procesales vigentes si así lo considera oportuno, aunque respetando la esencia del debido proceso legal. La Corte puede aplicar las reglas que estime más razonables y convenientes para la solución de la controversia sin afectar la autonomía provincial. Puede acudir a leyes locales, normas internacionales, e inclusive a disposiciones propias de una legislación extranjera, siempre que resulten compatibles con la interpretación de nuestra Ley Fundamental. Por otra parte, debe regir primordialmente el principio *iura novit curia* que autoriza a la Corte Suprema de Justicia para aplicar el derecho que estime razonable, con prescindencia de las normas y argumentos invocados por las partes, y hasta en virtud de suplir sus omisiones o negligencias.

Tales criterios, expuestos por la Suprema Corte de los Estados Unidos (28) fueron aceptados por nuestra Corte Suprema de Justicia cuando el 3/12/1987 resolvió el conflicto suscitado entre las provincias de La Pampa y Mendoza respecto de la regulación del uso de las aguas del río Atuel (29) .

Al resolver el caso, la Corte Suprema de Justicia declaró que el río Atuel es interprovincial y que, por los perjuicios que le ocasionaba a la provincia de La Pampa, no era válido el convenio que había suscripto el 17/6/1941 el Estado nacional, en su carácter de administrador de los territorios nacionales, con la provincia de Mendoza. Asimismo exhortó a las partes para que celebraran convenios tendientes a concretar una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel.

#### 596. Titularidad del Poder Judicial

Antes de la reforma constitucional de 1994 se admitía que el Poder Judicial era un órgano pluripersonal integrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores creados por ley del Congreso. Si bien su composición era pluripersonal, lo que generaba la existencia de un mecanismo de control intraórgano, también se admitía que la jefatura del Poder Judicial residía en la Corte Suprema.

La creación del Consejo de la Magistratura, como parte integrante del Poder Judicial, al cual la Constitución asigna algunas funciones que, anteriormente, eran ejercidas por la Corte Suprema, ha planteado ciertas dudas sobre la subsistencia de aquel esquema jerárquico.

Sin embargo, un análisis sistemático de las cláusulas constitucionales disipa tales dudas e impide sostener tanto una dependencia de la Corte Suprema respecto del

Consejo de la Magistratura, como también la presencia de una jefatura bicéfala en el ámbito del Poder Judicial.

En el ejercicio de la función jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia prosigue siendo el titular del Poder Judicial federal y el intérprete final de las leyes, tratados internacionales y de la propia Constitución, al tiempo que su doctrina jurisprudencial es obligatoria para los jueces inferiores (30) .

Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, en última instancia la Corte Suprema puede privar de validez a los actos emanados de los restantes órganos gubernamentales. Inclusive, puede dejar sin efecto los actos del Consejo de la Magistratura, en tanto sean susceptibles de revisión judicial por comprometer derechos subjetivos amparados por la Ley Fundamental.

#### 597. La Corte Suprema de Justicia

El art. 108 de la Constitución dispone que el Poder Judicial es ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores que sean establecidos por el Congreso.

El art. 116 prescribe que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre materias regidas por la Ley Fundamental, las leyes de la Nación y los tratados internacionales.

El art. 117 determina que la Corte Suprema ejerce su jurisdicción por vía de apelación en los supuestos previstos en el artículo anterior, con la salvedad de los casos que enuncia como de competencia originaria y exclusiva del Alto Tribunal.

Ya sea por vía ordinaria o extraordinaria, toda cuestión judicial puede ser resuelta, en última instancia, por la Corte Suprema de Justicia, en tanto que su fallo es definitivo e inamovible.

Se trata del único tribunal previsto expresamente por la Ley Fundamental. El hecho de que sea supremo significa que su potestad jurisdiccional es superior a la asignada legislativamente a los restantes tribunales del país y en el ámbito de su competencia.

Sus sentencias son definitivas y no pueden ser revocadas por otro tribunal. Solamente la Corte Suprema está habilitada para modificar o dejar sin efecto sus propias decisiones.

No obsta a esta conclusión la existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta Convención, incorporada al art. 75, inc. 22, de la Constitución, dispone que las decisiones de ese tribunal serán definitivas e inapelables (art. 67) respecto de las materias reguladas por aquélla. Sobre tal base, algunos autores entienden que la Corte Interamericana podría dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema.

No compartimos esta opinión porque, si bien las decisiones de ese tribunal internacional pueden ser obligatorias para el Estado nacional, en modo alguno

operan la revocación de los fallos de la Corte Suprema debido a que carecen de imperium . A lo sumo, imponen a los órganos legislativo y judicial el deber de implementar las medidas concretas necesarias para modificar o paliar los efectos del fallo de la Corte Suprema, pero no el fallo en sí mismo. Caso contrario, se estará atribuyendo a los órganos políticos del gobierno funciones jurisdiccionales que afectarían el principio fundamental de la doctrina de la división de poderes. Tal fue el temperamento adoptado por la Corte Suprema en el caso "Cantos"(31) .

En varias oportunidades la Corte Suprema estableció que su doctrina jurisprudencial debe ser acatada por los tribunales inferiores, sean nacionales o provinciales, cuando deciden casos análogos o similares. Se trata de un deber impuesto por el carácter de intérprete supremo de la Constitución y de las leyes que tiene la Corte Suprema.

El deber institucional de acatar y ajustar las conductas a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema se extiende a los restantes órganos gubernamentales y a los destinatarios del poder estatal. Esta solución permite brindar cierta uniformidad a la interpretación del ordenamiento jurídico, con sus consecuentes efectos positivos para consolidar la seguridad jurídica.

#### 598. Condiciones e incompatibilidades

El art. 111 de la Constitución establece que, para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, los requisitos son:

- 1) Poseer el título de abogado con validez en el orden nacional para ejercer el arte de abogar.
- 2) Tener una antigüedad de ocho años en el ejercicio de la abogacía.
- 3) Reunir las calidades exigidas para ser senador que prevé el art. 55:
  - 3.1) Edad mínima de treinta años.
  - 3.2) Ser ciudadano argentino.
  - 3.3) Tener seis años de antigüedad en la ciudadanía.
  - 3.4) Disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente.

La interpretación realizada de esta cláusula constitucional se limita a requerir que la persona designada tenga una antigüedad de ocho años desde que le fue expedido el título habilitante para ejercer la abogacía. No se requiere el ejercicio efectivo de la abogacía, sino solamente revestir el carácter de abogado, aunque se haya desempeñado en tareas o funciones ajenas al ejercicio de la abogacía.

Consideramos que la antigüedad de ocho años debe ser inmediatamente anterior al nombramiento e ininterrumpida. El incumplimiento de las normas que regulan la abogacía o la condena por delitos penales que, por determinado lapso, impiden el ejercicio de la abogacía, interrumpen la antigüedad que exige la Constitución.

No es aplicable, en este caso, el requisito de ser natural de una provincia impuesto por el art. 55. Pero sí podría ser exigible el haber tenido una residencia continua en el país durante los dos años anteriores al nombramiento.

La Constitución no prevé cuáles son las condiciones que se deben reunir para ser nombrado miembro de los tribunales inferiores. Delegó esa función en el Congreso. De manera que, mientras que los requisitos para ser juez de la Corte Suprema no pueden ser modificados legislativamente, no acontece lo propio con los referentes a los jueces inferiores.

El art. 6º del decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467, establece que para ser juez nacional de primera instancia se requiere:

- 1) Ser ciudadano argentino.
- 2) Abogado graduado en una universidad nacional.
- 3) Tener cuatro años de antigüedad como abogado.
- 4) Tener veinticinco años de edad.

A su vez, el art. 5º, establece que para ser juez de un tribunal de alzada o de un tribunal oral de instancia única, se requiere:

- 1) Ser ciudadano argentino.
- 2) Abogado con título que tenga validez nacional.
- 3) Seis años de ejercicio de la abogacía o función judicial que requiera ese título.
- 4) Treinta años de edad.

Si bien el Congreso está habilitado para fijar las condiciones para ser juez de primera o segunda instancia, la reglamentación debe ser razonable y respetuosa de una interpretación finalista y sistemática de la Constitución Nacional.

En el caso "Hooft" (32), la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que exigía, para ser nombrado juez de cámara, haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo en caso de haber nacido en territorio extranjero, requisito que no se exigía para los jueces de primera instancia.

En resguardo del principio de la separación de las funciones del gobierno, los magistrados judiciales no pueden ocupar, simultáneamente, cargos que están dentro de la esfera de los órganos legislativo y ejecutivo, tanto en el orden nacional, como en el provincial y comunal. Tampoco pueden ejercer cargos judiciales en las provincias y municipios. Solamente será posible si, previamente, renuncian a la judicatura.

El decreto-ley 1285/58 también establece ciertas incompatibilidades o prohibiciones para quienes ejercen la función judicial. Los jueces no pueden desarrollar ningún tipo de actividad política; ejercer el comercio; ejercer actividades profesionales, salvo en defensa de los intereses personales, del

cónyuge, de los padres y de los hijos; ser rector universitario; decano o secretario de alguna facultad; practicar juegos de azar, concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo.

Tampoco pueden desempeñar empleos públicos o privados, con la salvedad de las comisiones de estudio y siempre que tengan carácter honorario. En cambio, están autorizados para ejercer la docencia universitaria o enseñanza superior equivalente, previa aprobación de la autoridad que ejerza la superintendencia.

El art. 8º del decreto-ley 1285/58, que regula la organización de la Justicia Nacional, dispone que no podrán ser, simultáneamente, jueces del mismo tribunal colegiado, parientes o afines dentro del cuarto grado civil. En caso de afinidad sobreviniente, el que la causare abandonará el cargo. Si bien la norma tiene un sólido sustento ético, consideramos que no sería oponible a una designación efectuada conforme al procedimiento que manda la Constitución. La aplicación de esa norma, inclusive respecto de los tribunales unipersonales, solamente sería viable para los funcionarios y empleados judiciales del tribunal.

Una cláusula razonable de la citada norma es la que impone la residencia del juez en la ciudad donde ejerza sus funciones o en un radio de hasta 70 kilómetros de ella. Para residir a una distancia mayor, es necesaria la autorización de la Corte Suprema o, en su caso, del Consejo de la Magistratura.

El incumplimiento de las incompatibilidades o prohibiciones puede acarrear la aplicación de sanciones disciplinarias al infractor, pero no su destitución. Ella solamente es viable por los mecanismos previstos en los arts. 59 y 115 de la Constitución, según se trate de jueces de la Corte Suprema de Justicia o de los tribunales inferiores.

#### 599. Nombramiento y remoción de los jueces

La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, preveía un sistema único para el nombramiento y remoción de los jueces, cualquiera fuese su categoría.

Todos ellos eran nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, mediante el voto de la mayoría absoluta de sus miembros presentes.

En cuanto a la remoción, su viabilidad estaba condicionada a la sustanciación del juicio político que regulan los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución.

La Convención Reformadora de 1994 ha establecido una distinción entre los jueces de la Corte Suprema de Justicia y los jueces de los tribunales inferiores, tanto en lo referente a sus nombramientos como a sus remociones.

#### 600. Jueces de la Corte Suprema de Justicia

Los jueces de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, en sesión pública convocada al efecto (art. 99, inc. 4º, Constitución Nacional). Pero, para el acuerdo del Senado, ya no es suficiente el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes, previo cumplimiento del quórum constitucional, sino el voto de los dos tercios de los miembros presentes.

Este mecanismo de elección, si bien resultará más engorroso, consideramos que ampliará las posibilidades de que las designaciones recaigan sobre ciudadanos independientes, cuya condición de tales se proyectará sobre el funcionamiento del más elevado Tribunal de la República e intérprete positivo final de las normas constitucionales.

La Constitución ha previsto que el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, a igual que de los tribunales inferiores, se extiende mientras dure su buena conducta cumpliendo con el requisito de la idoneidad previsto en el art. 16 de la Ley Fundamental. Sin embargo, establece que todos ellos cesan en sus cargos al cumplir 75 años de edad (art. 99, inc. 4º, Constitución Nacional).

La cesación sería automática, a menos que el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, proceda a efectuar un nuevo nombramiento por el lapso de cinco años que podrá ser repetido indefinidamente.

En el caso "Fayt" (33) , resuelto el 19/8/1999, la Corte Suprema declaró inconstitucional la reforma introducida al art. 99, inc. 4º, de la Ley Fundamental, en cuanto dispone que los jueces cesan en sus cargos al cumplir 75 años de edad. Entre otras razones, consideró que la incorporación de esa cláusula no estaba autorizada por la ley que declaró la necesidad de la reforma y que importaba una alteración del principio de inamovilidad previsto en el art. 110 de la Constitución cuya reforma no estaba autorizada.

La remoción de los jueces de la Corte Suprema solamente es viable por las causales y el procedimiento del juicio político, con igual alcance al previsto por la Constitución antes de la reforma de 1994.

#### 601. Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia

La Constitución no establece el número de jueces que integran la Corte Suprema. El texto de 1853 disponía que el tribunal iba a estar integrado por nueve jueces y dos fiscales, pero esa norma fue modificada en 1860 y se suprimió la referencia al número de miembros de la Corte Suprema. La determinación del número de sus integrantes es una facultad que corresponde al Congreso.

La ley 27, sancionada el 13/10/1862, establecía que la Corte Suprema de Justicia iba a estar constituida por cinco miembros.

La ley 15.271, de 1960, elevó a siete el número de miembros de la Corte Suprema. Sobre el particular, y con su habitual agudeza, Rafael Bielsa entendía que la medida era innecesaria e inconveniente. "Aumentar el número de jueces que deben realizar la misma labor, con la misma responsabilidad y con la meta común de la justicia, no aporta ventaja alguna a la solución del problema, si en realidad es problema. Al contrario, aunque importe mayor suma de ilustración y experiencia, el estudio de las mismas causas por más jueces, determinará fatalmente mayor demora en la decisión de los casos fallados. Si tres jueces ven un asunto en quince días, cinco necesitan veinticinco, y nueve jueces, cuarenta y cinco días".



Por ley 16.895 de 1966 se resolvió reducir el número de jueces a cinco y, por la ley 23.774 de 1990, se elevó a nueve.

Entendemos que el aumento de los jueces de la Corte no es la solución apropiada para remediar su morosidad en la resolución de las causas en trámite. Causas que, en su inmensa mayoría, consisten en recursos extraordinarios o de queja por arbitrariedad de sentencia, que desnaturalizan la esencia funcional del organismo y lo transforman en un tribunal ordinario de tercer grado.

En rigor, la Corte debería limitar su actuación a las causas citadas en los arts. 116 y 117 de la Constitución y a las que revistan efectivamente carácter federal y gravedad institucional. Esta solución está autorizada por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial para el recurso extraordinario. Para la atención de las restantes cuestiones, no existirían reparos si se llegara a crear un tribunal intermedio, con jerarquía inferior a la Corte.

La ley 26.183, publicada el 18/12/2006, modificando el art. 21 del decreto-ley 1285/58, dispone que la Corte Suprema de Justicia estará compuesta por cinco jueces y que, ante ella, actuarán el procurador general de la Nación y los defensores oficiales habilitados para actuar ante ese Tribunal conforme a la ley 26.946.

A tiempo de ser sancionada la ley, la Corte estaba integrada por siete jueces y había dos vacantes. Para evitar la cobertura de estas últimas y la violación del principio de la inamovilidad de los jueces, el art. 3º de la ley 26.183 incluyó una disposición transitoria. Según ella la Corte Suprema quedaba transitoriamente integrada con siete jueces, e implícitamente vedaba la cobertura de vacantes hasta que el número de los jueces fuera de cinco. La ley añade que, mientras la Corte tenga siete jueces, sus decisiones se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro de ellos. Cuando su número se reduzca a seis, las decisiones mayoritarias requerirán el voto de cuatro jueces.

#### 602. División de la Corte Suprema de Justicia en salas

El art. 23 del decreto ley 1285/58, con la reforma introducida por la ley 15.271, autoriza a la Corte Suprema a dividirse en salas. Esa norma, que nunca se aplicó, fue severamente criticada por la doctrina constitucional.

Estimamos que la decisión es correcta porque la división en salas se traduciría en una pluralidad de tribunales que no se compadece con el texto constitucional que hace referencia a una sola Corte Suprema de Justicia.

Además, esa división podría implicar una interpretación contradictoria de las normas legales y constitucionales con la consiguiente inseguridad jurídica.

Pero, al margen de los reparos prácticos y de la pérdida de autoridad que surgiría de una división en salas, lo cierto es que la Constitución concibe la Corte Suprema de Justicia como unidad, e impone a sus miembros en pleno la obligación de resolver todas aquellas cuestiones que son de competencia del Alto Tribunal.

#### 603. Presidencia de la Corte Suprema de Justicia

Una evolución interesante se operó respecto a la determinación de la persona a la que corresponde ejercer la presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Con motivo de su primera constitución, el nombramiento fue realizado por el presidente Mitre y recayó sobre Francisco de las Carreras. Ese procedimiento determinó que los sucesivos presidentes de la Corte Suprema fueran designados por el Poder Ejecutivo. Los nombramientos recayeron sobre prestigiosos juristas, tales como Salvador María del Carril, José Barros Pazos, José Benjamín Gorostiaga, Benjamín Victorica, Benjamín Paz, Abel Bazán y Antonio Bermejo.

Al fallecer Bermejo, Hipólito Yrigoyen designó presidente a José Figueroa Alcorta. Sin embargo, el decreto de nombramiento no llegó a ser registrado y publicado debido al golpe de estado del 6/9/1930. En esa oportunidad, el presidente de facto, José Félix Uriburu, comunicó a la Corte Suprema que era atribución de ella designar a su titular. Los miembros de la Corte, aceptando esa recomendación, procedieron a nombrar en el cargo a José Figueroa Alcorta.

Se entendió que, si bien la Constitución no determinaba a quién correspondía efectuar ese nombramiento, la modificación del procedimiento aplicado desde 1863 resultaba más coherente con la independencia que debía disfrutar el Poder Judicial como órgano del gobierno.

#### 604. Conjueces de la Corte Suprema de Justicia

El art. 22 del decreto-ley 1285/58, que reglamenta la organización de la Justicia Nacional, con la modificación introducida por la ley 23.498, establece que en los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los jueces de la Corte Suprema, ella se integrará con el número de conjueces necesarios para que el Tribunal pueda fallar.

La integración se realiza mediante un sorteo entre los presidentes de las cámaras nacionales de apelaciones en lo federal de la Capital Federal y de las cámaras federales con asiento en las provincias.

Si el tribunal no se puede integrar mediante ese procedimiento, se practicará un sorteo entre una lista de diez conjueces que son designados por el presidente de la República con acuerdo del Senado por el término de tres años. Este plazo se extiende sólo respecto de las causas en que interviene el conjuer.

Sin embargo, la Corte Suprema tiene resuelto que si se opera la cobertura definitiva de sus vacantes, cesa la actuación de los conjueces que intervinieron en el caso.

El nombramiento de conjueces se realiza cuando, para decidir el caso concreto, el número de jueces actuantes no alcanza a la mayoría absoluta de los cargos de la Corte, o cuando, existiendo esa mayoría, ella no se traslada en un voto mayoritario compuesto por cuatro jueces. En este último caso, la Corte puede decidir si es o no razonable designar a los conjueces. Así, tiene resuelto que cuando es necesario que

la cabeza del Poder Judicial fije una doctrina susceptible de dar una solución a infinidad de casos similares que tramitan en instancias inferiores, resulta innegable la conveniencia de que tal decisión sea adoptada por la Corte mediante sus jueces naturales.

#### 605. Jueces de los tribunales inferiores de la Nación

La Constitución no prevé, ni preveía expresamente, las condiciones que debe reunir una persona para ser magistrado judicial integrante de los tribunales inferiores.

Antes de la reforma de 1994 el sistema para el nombramiento de estos magistrados era idéntico al que regía para los jueces de la Corte Suprema. Con frecuencia, el sistema fue objeto de severas críticas porque, en algunas oportunidades, resultaba evidente que los nombramientos seleccionados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado tenían en cuenta las simpatías políticas del candidato o su relación de amistad con algunos integrantes de los órganos políticos, al tiempo que prescindían absolutamente de toda valoración sobre su idoneidad ética y técnica para ocupar tan importante cargo.

Tales designaciones resentían la solidez y la imagen de probidad que corresponde atribuir al Poder Judicial. A ello se añadía otro factor patológico: Las continuas rupturas del orden constitucional, seguidas del restablecimiento de las instituciones de la Ley Fundamental, determinaron una continua renovación de los jueces; un desconocimiento del principio de la inamovilidad en los cargos y la consecuente pérdida de independencia del Poder Judicial como elemento de contralor de los órganos políticos del gobierno.

Las experiencias vividas en 1966, 1973, 1976 y 1983 produjeron un éxodo importante de magistrados judiciales altamente calificados y su sustitución, muchas veces, por personas que, por su escasa edad o carencia de conocimientos jurídicos apropiados, no se hallaban en condiciones de ejercer la augusta función de administrar justicia en virtud de aplicar la ley. Por otra parte, las magras remuneraciones que, durante algunos períodos, percibían los jueces y funcionarios judiciales, también gravitaron decisivamente sobre la permanencia de éstos en la estructura del Poder Judicial.

Con la reforma de 1994 se ha introducido un nuevo sistema para la designación de los jueces que, en términos generales, mantiene los lineamientos del anterior.

Los jueces son nombrados por el presidente de la República con acuerdo del Senado mientras que los candidatos para las magistraturas judiciales inferiores son seleccionados por el Consejo de la Magistratura mediante concursos públicos (art. 114, inc. 1º). Una vez efectuada la selección, el Consejo de la Magistratura debe elevar al Poder Ejecutivo una propuesta que incluye tres candidatos (art. 114, inc. 2º). Esa propuesta es vinculante para el Poder Ejecutivo, quien no puede apartarse de ella.

El Poder Ejecutivo podrá proponer la designación de uno de los integrantes de esa terna y, si obtiene el acuerdo del Senado por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros presentes, se procederá a su nombramiento (art. 99, inc. 4º, CN).

El acuerdo del Senado debe resultar de una sesión pública en la cual se tendría que considerar la idoneidad de los candidatos.

Al igual que los jueces de la Corte Suprema, el art. 99, inc. 4º de la Constitución dispone que los jueces inferiores caducan en sus cargos al cumplir 75 años de edad, y su permanencia queda condicionada a un nuevo acuerdo que no se extenderá por más de cinco años, a menos que se verifique una nueva confirmación.

Esta cláusula fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema (34) porque la Convención Reformadora no estaba habilitada para modificar la garantía de la inamovilidad del art. 110.

Para la remoción de los jueces inferiores, el art. 115 de la Constitución dispone que será efectuada por las causales previstas para el juicio político (art. 53 CN), por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

La apertura del procedimiento de remoción y la acusación ante el jurado de enjuiciamiento corresponden al Consejo de la Magistratura (art. 114, inc. 5, Constitución Nacional). Si formula la acusación, puede disponer la suspensión del magistrado en su cargo, pero no puede cercenar su libertad ambulatoria mediante la prohibición de la salida del país del juez cuya remoción se demanda.

El fallo del jurado de enjuiciamiento no tendrá otro efecto que la destitución del acusado, sin perjuicio de su sometimiento a los tribunales ordinarios por los hechos ilícitos civiles o penales en que hubiera incurrido en el ejercicio de su función.

A diferencia de lo que acontece con el juicio político de los jueces de la Corte Suprema (art. 60 Constitución Nacional), el jurado de enjuiciamiento no está habilitado para declarar al magistrado removido incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación.

Si bien el art. 115 de la Constitución dispone que el fallo del jurado de enjuiciamiento es "irrecurrible", consideramos que esa consecuencia sólo es admisible cuando se absuelve al acusado. En cambio, si es removido del cargo, entendemos que podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia si no se cumplieron los requisitos pertinentes del debido proceso legal. Tal es la actual doctrina de la Corte Suprema de Justicia (35).

La Constitución ha establecido un límite para la duración del proceso ante el jurado de enjuiciamiento. Si transcurren 180 días desde la apertura del procedimiento de remoción sin que el jurado de enjuiciamiento dicte un fallo, corresponde archivar las actuaciones y reponer al magistrado si hubiera sido

suspendido (art. 115 Constitución Nacional). La renuncia del enjuiciado no detiene el proceso hasta ella que sea aceptada por el órgano ejecutivo.

Al margen de este sistema para el nombramiento definitivo de los magistrados judiciales inferiores, la Constitución prevé un mecanismo para la cobertura provisoria, y limitada en el tiempo, de los cargos judiciales vacantes.

El art. 99, inc. 19, le otorga al presidente, en forma exclusiva y excluyente, la potestad de cubrir las vacantes gubernamentales que requieren el acuerdo del Senado. Entre ellas, están los cargos judiciales.

Por razones de necesidad, y considerando que los cargos gubernamentales deben ser cubiertos y no permanecer vacantes, el Poder Ejecutivo puede nombrar jueces en comisión cuyo mandato no puede superar al momento en que concluyan las próximas sesiones, ordinarias y de prórroga, del Congreso. Ese nombramiento es insusceptible de control jurisdiccional, a menos que la persona nombrada no cumpla con las condiciones legales exigidas para ser juez.

El límite del mandato puede ser acotado si, antes de su vencimiento, el presidente nombra para el cargo a una persona que conforma la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura y obtiene el acuerdo del Senado. También, si se dispone su separación por las causales del art. 53 de la Constitución, o si el Senado, al reanudar sus sesiones, decide rechazar de oficio el nombramiento en tanto medie una terna remitida por el Consejo de la Magistratura al presidente para la cobertura del cargo.

En la hipótesis del art. 99, inc. 19, la potestad del presidente es discrecional. Sin embargo, si para el cargo vacante el Consejo de la Magistratura ya elevó una terna, el nombramiento debería recaer sobre alguno de sus integrantes. Pero, si la recepción de la terna es posterior al nombramiento, éste no pierde validez.

#### 606. Independencia del Poder Judicial

La vigencia del principio de la división de los poderes, impone un equilibrio de potestades y controles entre los tres órganos del gobierno. Su inexistencia determina necesariamente una relación de subordinación entre ellos, con la consiguiente absorción o dirección de las funciones de uno respecto del otro.

Así como los integrantes de los órganos legislativo y ejecutivo disfrutan de una serie de garantías constitucionales para preservar su independencia, otro tanto acontece con el Poder Judicial.

Las garantías expresamente previstas por la Constitución para la independencia del Poder Judicial son la inamovilidad de los jueces, mientras dure su buena conducta, y la intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110 Constitución Nacional). A ellas fueron añadidas, por vía jurisprudencial, la inmunidad de jurisdicción y ciertas modalidades de las prerrogativas reconocidas a los legisladores por la Ley Fundamental.

#### 607. Inamovilidad de los jueces

La garantía de la inamovilidad significa que los jueces nombrados conforme al procedimiento establecido por la Constitución no pueden ser separados de sus cargos mientras dure su buena conducta (art. 110 Constitución Nacional).

La inamovilidad significa que el juez no puede ser removido al margen de las reglas impuestas por la Ley Fundamental, ni ser objeto de un traslado o ascenso al margen de su voluntad.

Por acordada del 5/10/1945, los jueces de la Corte Suprema, con la disidencia del ministro Tomás D. Casares, dispusieron que el Poder Ejecutivo no podía separar de su cargo a un juez para luego disponer su arresto, en ejercicio de las facultades que le confiere el estado de sitio (36). Asimismo, se decidió, con respecto a las remociones de los jueces dispuestas por los gobiernos de facto que, una vez restablecido el orden constitucional, ellos no pueden retornar a sus cargos porque las nuevas designaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado importaban ratificar las remociones realizadas por el gobierno de facto anterior (37).

El traslado de los magistrados judiciales sin su consentimiento no es viable porque vulnera el principio de inamovilidad (38).

Los convencionales de 1994 pretendieron que el principio constitucional de la inamovilidad vitalicia no fuera absoluto, sino relativo. El art. 99, inc. 4º, de la Constitución dispone que el mandato de un juez cesa cuando cumple 75 años de edad. En tal caso, podrá ser confirmado mediante un nuevo nombramiento por un lapso de cinco años, el cual podrá ser repetido indefinidamente.

Consideramos que el nombramiento de un magistrado judicial es realizado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado y sin límite temporal, tal como lo resolvió la Corte Suprema en el caso "Fayt" (39).

Como ya se dijo, el límite de los 75 años de edad era una excepción al principio de inamovilidad establecido en el art. 110 de la Constitución cuya necesidad de reforma no fue declarada por el Congreso. Tal circunstancia tornaba inválida la modificación propuesta por los convencionales de 1994.

El principio de la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta y la designación de los magistrados judiciales sin límite temporal son principios rectores impuestos por la Constitución para la organización del Poder Judicial. Conforman los principios elementales a los cuales hace referencia el art. 5º de la Ley Fundamental y que se proyectan obligatoriamente sobre las provincias. Por tal razón, entendemos que carecen de validez las normas provinciales que se apartan de aquéllos.

La garantía de la inamovilidad de los jueces mientras dure su buena conducta es aplicable asimismo a los magistrados provinciales.

En el caso "Iribarren" (40), la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe,

según el cual cesaba la inamovilidad de los jueces a los 65 años de edad, si estaban en condiciones de obtener jubilación ordinaria.

En el caso "Amerisse" (41) , la Corte Suprema de Justicia, con criterio similar, declaró que si bien la Constitución garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal, las sujeta al sistema representativo y republicano de gobierno (arts.1º y 5ºCN). Sobre tal base sostuvo que la Constitución de Salta, en la medida que dispone el cese de la inamovilidad de los jueces cuando el magistrado puede obtener su jubilación, podría colisionar con tales preceptos y configurar una cuestión federal de competencia originaria de la Corte por haber sido promovida la acción judicial contra una provincia.

#### 608. Compensación económica

El desempeño de funciones gubernamentales en un sistema republicano es un alto honor y una pesada carga a la cual se accede voluntariamente para satisfacer una plausible vocación de servicio. Pero su ejercicio no genera privilegios personales, como acontece en los sistemas totalitarios, sino una responsabilidad cívica que se añade a las obligaciones públicas y privadas que recaen sobre cualquier ciudadano.

Es razonable y necesario que todos los cargos públicos sean remunerados, para posibilitar su cometido con decoro, honestidad, eficiencia y dedicación exclusiva. La complejidad de las funciones de un gobernante requiere una dedicación completa que, en la práctica, les impediría desarrollar otras actividades rentables. Tal circunstancia, si bien justifica que el monto de la remuneración sea proporcionado a la importancia de la función y a las necesidades objetivas de su titular, no puede devengar privilegios ni situaciones incompatibles con la austeridad e igualdad que presiden un comportamiento republicano.

El art. 110 establece que los jueces recibirán por sus servicios una compensación determinada por la ley, que no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permanezcan en sus funciones. No existen reparos para que ella se incremente, a diferencia de lo que acontece con los miembros del Poder Ejecutivo.

La intangibilidad de las remuneraciones judiciales determina que corresponde restablecer su valor económico cuando, como consecuencia de un agudo proceso inflacionario, se deteriora sensiblemente el poder adquisitivo de la unidad monetaria.

Este principio, expuesto en el caso "Bonorino Perú" (42) , fue desarrollado en varios pronunciamientos de la Corte Suprema destinados a preservar la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, y como consecuencia, la independencia del Poder Judicial.

El Alto Tribunal dispuso que la actualización de las remuneraciones judiciales, debido al deterioro generado por los procesos inflacionarios, es extensible a los jueces provinciales.

Compartimos esta doctrina jurisprudencial cuando el desarrollo del proceso económico deteriora sensiblemente el poder adquisitivo de las remuneraciones judiciales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia estableció una limitación basada en el principio de igualdad. Al decidir el caso "Chiara Díaz" (43) , expresó que el art. 156 de la Constitución provincial de Entre Ríos, que prevé un mecanismo de actualización monetaria automática de las remuneraciones judiciales, no es aplicable cuando se sancionan leyes federales que vedan la aplicación de tales mecanismos.

El resguardo sobre la intangibilidad de las remuneraciones judiciales se extiende a aquellos casos en que el pago, de manera total o parcial, se realiza mediante la entrega de títulos de la deuda pública cuyo valor de mercado es inferior al valor nominal.

En varios pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia extendió a los jueces jubilados la garantía del art. 110 de la Constitución, aunque admitió que sus haberes pueden ser inferiores a los que percibe un juez en actividad.

La intangibilidad de la remuneración de los jueces resulta razonable si, además de los argumentos institucionales, consideramos que sus cargos son, en principio, vitalicios y que les está vedado desarrollar otras actividades públicas o privadas, con excepción de la docencia universitaria, que les permitan incrementar sus ingresos.

#### 609. Los jueces y el impuesto a las ganancias

En resguardo del principio de igualdad, los jueces deben pagar todos los impuestos directos e indirectos establecidos por la ley, cuando respecto de ellos se cumplen iguales condiciones que las que tornan sujeto pasivo de la contribución a cualquier ciudadano.

Con respecto al impuesto a las ganancias, que grava los beneficios que obtiene una persona mediante el ejercicio de una actividad productiva, se admite que los jueces también quedan sujetos a ese impuesto cuando se tratan de rentas generadas por una actividad extraña al ejercicio de la judicatura.

Sin perjuicio de considerar aberrantes los impuestos que gravan la actividad laboral y creativa de las personas, como es el impuesto a las ganancias, no hay uniformidad en nuestra doctrina sobre si los jueces deben pagar ese tributo sobre las retribuciones que perciben como consecuencia del art. 110 de la Constitución.

Algunos autores como Joaquín V. González, Juan González Calderón y Germán Bidart Campos consideran que la remuneración de los jueces no puede ser reducida por un acto gubernamental de carácter impositivo, aplicable solamente a los jueces. Este criterio fue ampliado por la Corte Suprema de Justicia (44) al sostener que la remuneración de los jueces no puede quedar sujeta al impuesto a los réditos o ganancias, aunque ello no es óbice para que contribuyan al pago de los impuestos que gravan sus restantes bienes o actos.

Tal criterio jurisprudencial, basado en la doctrina expuesta por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1920 (45) , no fue aceptado por muchos autores. Rafael Bielsa, Segundo V. Linares Quintana, Horacio García Belsunce, Germán Bidart Campos, entre otros, consideran que, semejante interpretación configura un privilegio carente de sustento constitucional.

La fuente de la cláusula constitucional es el art. 3º de la Constitución de los Estados Unidos que establece que los jueces recibirán por sus servicios una compensación que no será disminuida durante su permanencia en el cargo. Su interpretación literal fue la que determinó el fallo que la Suprema Corte de ese país dictó en 1920 en el caso "Evans v. Gore". Sin embargo, en 1939, ese tribunal modificó su doctrina y declaró que la remuneración de los jueces estaba sometida al impuesto sobre la renta. Destacó que "Insinuar que se abre una brecha en la independencia de los jueces porque el Congreso los ha gravado de esa manera con los impuestos comunes a la ciudadanía, obligándoles a soportar su parte alícuota del costo del mantenimiento del gobierno, es hacer trivial la gran experiencia histórica en que los constituyentes basaron la salvaguardia del artículo 3º" (46) .

Someter a los jueces a una ley general del impuesto sobre la renta no tiene nada en absoluto que ver con la independencia del departamento judicial. Sujetarlos a un impuesto general es reconocer únicamente que los jueces también son ciudadanos. Requerir que un hombre pague los impuestos que todas las demás personas tienen que pagar no puede convertirse en un instrumento para atacar su independencia como juez.

En 1932 fue sancionada la ley 11.682 que estableció el impuesto a los réditos, equivalente al actual impuesto a las ganancias. Dispuso, entre otros, un gravamen a los ingresos de cuarta categoría que provenían de la actividad productiva personal del contribuyente.

La ley no contemplaba alguna exclusión de las rentas que obtenían los jueces u otros funcionarios gubernamentales, mediante el ejercicio de sus cargos. Tal circunstancia determinó que en 1936 la Corte Suprema declarara la inconstitucionalidad del impuesto, por entender que vulneraba la intangibilidad de las remuneraciones judiciales impuesta por el art. 110 de la Constitución (47) . Su decisión se basó expresamente en los argumentos expuestos por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "Evans v. Gore".

Tal situación se mantuvo y, en 1973, fue legalizada con la sanción de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias, que declaró que estaban exentos del pago de ese impuesto los jueces nacionales y provinciales, así como también los funcionarios judiciales cuya remuneración era igual o superior a la del juez de primera instancia. Tal exención se extendió a los magistrados y funcionarios judiciales jubilados, como también a los funcionarios integrantes de los órganos legislativo y ejecutivo del gobierno. Todas ellas fueron dejadas sin efecto por la ley 24.631.

En 1995, por ley 24.631, el Congreso resolvió aplicar el impuesto a las ganancias a los sueldos de todos los jueces y de los funcionarios judiciales que tuvieran asignadas retribuciones iguales o superiores a la de los jueces de primera

instancia. Esa norma, que debía entrar en vigencia en 1996, fue declarada inconstitucional, respecto de los jueces, por la Corte Suprema de Justicia (48) .

Los reparos expuestos para la aplicación del impuesto a las ganancias no se han extendido a los aportes previsionales que están obligados a efectuar los jueces y que, implícitamente, importarían una reducción de sus haberes. Consideramos que un magistrado judicial podría, mediante invocación del art. 110 de la Constitución, negarse a su pago y renunciar así a los beneficios jubilatorios impuestos coactivamente por la ley, sin perjuicios de las previsiones personales que adopte sobre el particular.

En síntesis, entendemos que la garantía del art. 110 de la Constitución no genera una excepción a las normas que imponen la igualdad como base del impuesto (art. 16 Constitución Nacional); que las contribuciones serán equitativas y proporcionales (art. 4º Constitución Nacional); y que las contribuciones directas deben ser proporcionalmente iguales en todo el país (art. 75, inc. 2º Constitución Nacional).

#### 610. Otras garantías

Las garantías referentes a la inamovilidad y compensación económica son las más importantes para preservar la independencia del Poder Judicial. A ellas se añaden otras que, o bien tienen un sólido sustento normativo, o bien han sido incorporadas como consecuencia de una interpretación constitucional.

En nuestra práctica institucional, y desde lejana data, se ha extendido a los magistrados judiciales la prerrogativa del art. 69 de la Constitución, prevista para los legisladores. El sometimiento de un juez a un proceso penal en su contra requiere que previamente sea destituido de su cargo (49) .

La inmunidad de jurisdicción en beneficio de los magistrados judiciales no se limita a los procesos penales. La Corte Suprema tiene resuelto que ella se extiende a los procesos civiles seguidos contra un juez, cuando se demanda la reparación de los daños que habría ocasionado en el ejercicio de su función jurisdiccional. Destacó que "constituye un requisito indispensable para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se le sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución del aquél mediante el juicio político", o el cese en sus funciones por cualquier otra causa (50) .

Si bien sería aceptable la inviabilidad de una demanda civil contra un juez basada en los presuntos daños que ocasionó en el ejercicio de su cargo, no acontece lo propio cuando los reclamos provienen de actos ejecutados al margen de la función jurisdiccional.

Como las prerrogativas constitucionales son de interpretación restrictiva, consideramos que aquella proyección no es válida. Si se formula una acusación criminal contra un juez, la causa penal debe proseguir hasta su final, ya sea mediante un sobreseimiento, o una sentencia absolutoria, o una condena. Lo que

no será posible, durante el curso del proceso, es restringir la libertad física del magistrado. Ni siquiera mediante la aplicación de una sentencia condenatoria. Ello es así, porque sin esa libertad ambulatoria el juez no podrá ejercer su función jurisdiccional y se estará desconociendo la garantía de la inamovilidad.

Una vez que el juez cese en su cargo, por renuncia o destitución, le será aplicable la sentencia condenatoria porque ya no ejercerá el cargo sobre el cual recae la garantía.

Las causales de remoción de un juez son las previstas en el art. 53 de la Constitución: mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o delito común. Para la consideración de las dos últimas causales, se requiere la comisión de un delito y la única autoridad competente a tal fin es el Poder Judicial. Sólo los jueces, mediante una sentencia condenatoria, están habilitados para determinar que se cometió un delito. De manera que, hasta tanto no medie ese pronunciamiento judicial, un juez de la Corte Suprema no podrá ser removido por el Senado sobre la base de tales causales, ni un magistrado de jerarquía inferior por el Jurado de Enjuiciamiento (art. 115 Constitución Nacional).

Por acordada 61/96 del 23/10/1996, la Corte Suprema de Justicia resolvió que los jueces inferiores no están obligados a concurrir para prestar declaración testimonial cuando son citados por la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados, principio que sería extensible al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados reglamentado por la ley 24.937. Consideró que si el juez está interviniendo en la causa penal donde está imputada una persona sometida a juicio político, tiene derecho a no concurrir cuando su declaración pueda obstruir la tarea de investigación que está realizando.

Entendemos que, en virtud del principio de colaboración que se deben los órganos del gobierno, un juez debe concurrir con motivo de tal citación. Pero, podrá negarse a responder aquellas preguntas que entorpezcan su investigación o cuando, mediante su respuesta, pueda violar el deber de secreto impuesto por el Código Penal, o en las hipótesis de autoincriminación.

#### 611. Publicidad de los actos judiciales

Si el Poder Judicial es un órgano del gobierno, quiere decir que representa al pueblo, porque, efectivamente, los jueces en definitiva son elegidos en forma indirecta por el pueblo de la Nación. Son simples mandatarios del pueblo de la Nación al cual le deben rendir cuentas. ¿Cómo pueden rendir cuenta de esos actos? Pues dando a publicidad las decisiones judiciales. Si los actos de los jueces no son conocidos, el mandante no puede conocer cómo actúa su mandatario ni no puede emitir opinión sobre el comportamiento de su mandatario. De modo que, en principio y como regla general, la publicidad de los actos judiciales es necesaria en un sistema republicano. No lo es en un sistema autoritario, no lo es en un sistema autocrático, sí en un sistema republicano, con todos los riesgos que acarrea esa publicidad. Es sumamente interesante el desarrollo que realizó la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1971 en los casos "United States v. Washington Post" y "New York Times v. United States", referentes a los Papeles del Pentágono, sobre

cómo no se podía de ninguna manera evitar la difusión a través de la prensa de documentación militar secreta y reservada. ¿Por qué? Porque hacía al interés del público conocer esa documentación y ese fallo en su momento fue fundamental respecto de la postura que adoptó la ciudadanía con relación a la guerra de Vietnam, cuando tuvo conocimiento sobre ciertas actitudes adoptadas por el Poder Ejecutivo que le eran desconocidas (51).

Podemos citar la doctrina que estableció en 1994 nuestra Corte en el caso Monzón (52) en orden al derecho que tiene el periodista para acceder al expediente cuando se decreta un sobreseimiento provisorio, y no hay razón para creer que pueda alterar o agravar la situación procesal de alguna de las partes o la potestad de investigación que tiene los jueces al tomar conocimiento de ese expediente.

Un juez, en determinadas circunstancias, puede prohibir el acceso a un expediente judicial. Por ejemplo, en la instrucción del sumario penal, puede prohibir el conocimiento de determinados datos de la sustanciación del proceso probatorio, puede impedir que se den a conocer las declaraciones de los testigos porque ello puede, a su vez, gravitar en las declaraciones que emitan en el futuro otros testigos. Puede haber, incluso, razones humanitarias para que un juez no permita dar a conocer los nombres de las partes y puede también el juez decidir que el incumplimiento de las obligaciones por él impartidas importará sanciones. Pero otra cosa es la difusión. ¿Cuándo un medio de prensa difunde tales datos? Pues un medio de prensa difunde estos datos cuando llegan a su conocimiento por los protagonistas del juicio. Un medio de prensa se entera de que existe un proceso cuando lo informa un juez, un secretario, un empleado, los abogados o las partes. Los periodistas no recorren los tribunales para conocer lo que pasa; mejor dicho, algunos lo hacen, pero ¿de quién reciben la información? Pues de los protagonistas de los procesos judiciales. Y si reciben esa información, ¿quién viola la prohibición? ¿el periodista o quien le da la información? Por otra parte, ¿qué hace el periodista cuando tiene esa información? Analiza si es de interés público, considera qué interesa realmente al derecho a la información. él tiene el deber ético profesional de difundir esa información cuando satisface un razonable derecho a la información. En tales casos, la sanción no debe recaer sobre el periodista sino sobre el funcionario, el abogado o la parte que violó la orden judicial; una cosa es el acceso que puede ser vedado al periodista, pero otra cosa es la prohibición de publicar cuando el periodista se entera por quienes son, en cierto modo, los tutores de los datos.

En síntesis, los actos judiciales se pueden publicar por la prensa; la publicación de los actos judiciales no puede traer aparejadas, por el mero hecho de la publicación, sanciones, que solamente pueden ser aplicadas a quienes tienen acceso a un expediente judicial —juez, funcionarios o empleados judiciales, partes, letrados y demás auxiliares de la justicia— si desobedecen la orden judicial de resguardar la reserva del proceso. Tal fue la postura adoptada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en los casos, "Cox v. Cohn" y "Smith v. Daily Mail", de 1975 y 1979 (53), respectivamente, cuando el acceso a los datos reservados se produce con la conformidad o por la negligencia de las autoridades.

La Corte Suprema de Justicia no accedió al pedido formulado para que no se publicaran los nombres de las partes en una sentencia penal condenatoria dictada por el delito de abuso deshonesto. La petición había sido hecha porque se afectaría profesionalmente al interesado, de modo de ocasionar un perjuicio injustificado e innecesario en su medio de vida (54).

Ratificando la imperiosa necesidad republicana de tornar públicas las actuaciones judiciales, la Corte Suprema de Justicia emitió, el 28/10/2008, la acordada 29/08.

Su texto es el siguiente: "Que en el marco de decisiones de diversa naturaleza que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene adoptando con el objeto de elevar la calidad institucional del Poder Judicial y profundizar el Estado de Derecho vigente en la República, resulta apropiado para el logro de estos altos objetivos promover la difusión de los juicios orales, teniendo en cuenta que el principio de publicidad del proceso constituye una de las condiciones fundamentales de legitimidad de la administración de justicia.

#### 612. Potestades disciplinarias

Para afianzar el principio de autoridad, se admite que el Poder Judicial tiene un poder disciplinario respecto de:

1) Los magistrados judiciales, funcionarios y empleados en ejercicio de su potestad de superintendencia.

2) Las partes, letrados, testigos, auxiliares de justicia y público asistente a los procesos para asegurar el orden o para sancionar los agravios u ofensas a la investidura de los magistrados.

El titular final para el ejercicio de esa potestad es la Corte Suprema de Justicia, ya sea en forma directa o por vía de apelación. Tales facultades pueden ser delegadas en los tribunales inferiores, sin perjuicio de las que corresponden al Consejo de la Magistratura.

En cuanto a las sanciones aplicables, ellas deben estar previstas con anterioridad por ley.

El art. 16 del decreto-ley 1285/58 establece que los magistrados, funcionarios, empleados y auxiliares del Poder Judicial pueden ser sancionados con prevención, apercibimiento, multa, suspensión no mayor de 30 días, cesantía y exoneración si no cumplen con los deberes legales que les son impuestos.

Cuando las faltas provienen de funcionarios y empleados dependientes de otros órganos del gobierno, corresponde poner en conocimiento del hecho a la autoridad superior competente para que aplique las sanciones disciplinarias que correspondan. Esta solución se aplica cuando el funcionario o empleado ejerce los atributos de su función, pero no cuando interviene a título personal.

El art. 18 del decreto-ley 1285/58 añade que los tribunales pueden sancionar con prevención, apercibimiento, multa y arresto de hasta cinco días, a los abogados, procuradores, litigantes y otras personas que obstruyen el curso de la justicia o

que cometieren faltas en las audiencias, escritos o comunicaciones contra su autoridad, dignidad y decoro. El arresto se deberá cumplir en alguna dependencia del Poder Judicial o en el domicilio del afectado. Cuando la sanción es aplicada por la Corte Suprema, las cámaras de apelaciones y los tribunales orales, sólo es susceptible de recurso de reconsideración. Si son aplicadas por jueces de primera instancia es viable el recurso de apelación ante la cámara respectiva, el cual debe deducirse en el término de tres días. Conforme a la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de sanciones debe ser precedida por un sumario en el cual corresponde aplicar las garantías del debido proceso adjetivo, en particular el derecho de defensa.

En el caso "Conductil" (55) la Corte Suprema no hizo lugar al recurso de reconsideración planteado por los profesionales que representaban a la parte actora con motivo de la sanción que les fue aplicada por las expresiones injuriosas que emitieron respecto de uno de los jueces de la Corte. Además, rechazaron los agravios referentes a que no se había dado cumplimiento al requisito de la doble instancia, porque al margen de emanar la sanción del superior tribunal de la República, se trataba de una sanción disciplinaria y no de una sanción penal.

Las facultades disciplinarias respecto de los funcionarios y empleados del Poder Judicial corresponden a los tribunales en ejercicio de su potestad de superintendencia. Pero el ejercicio de las facultades disciplinarias sobre magistrados de jerarquía inferior ha sido asignado al Consejo de la Magistratura (art. 114, inc. 4º Constitución Nacional).

Sin embargo, mediante la acordada 52/98 del 3/12/1998, la Corte Suprema de Justicia resolvió que las actuaciones disciplinarias que involucren a magistrados judiciales con la consecuente potestad de aplicar sanciones es una atribución concurrente del Consejo de la Magistratura y de los tribunales, pudiendo ser tramitadas indistintamente ante aquél y éstos.

Por ser titular del Poder Judicial, las potestades de la Corte Suprema superan el ámbito jurisdiccional. Sin embargo, el art. 114 de la Constitución limita la proyección de tales potestades accesorias a las áreas que enuncia como propias del Consejo de la Magistratura. De modo que el Consejo de la Magistratura, como parte integrante del Poder Judicial, genera un control intraórgano con motivo del ejercicio de sus facultades constitucionales.

Entre ellas, la Ley Fundamental le asigna la de "ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados" (inc. 4º). Tal potestad se extiende solamente sobre los jueces inferiores, mientras que quedan excluidos los funcionarios y empleados judiciales y, claro está, los jueces de la Corte Suprema, la que está habilitada para dictar su propio reglamento interno (art. 113 Constitución Nacional).

Si la aplicación de sanciones disciplinarias a los jueces inferiores corresponde solamente al Consejo de la Magistratura, ¿cómo interpretar la acordada 52/98 cuando dispone que las actuaciones disciplinarias relacionadas con los jueces inferiores, por hechos posteriores al 17/11/1998, pueden motivar la actuación de la Corte Suprema y de los tribunales que ejercen superintendencia por delegación?

En esta materia, como en tantas otras, los gestores de la reforma constitucional de 1994 no percibieron que en una estructura jerárquica es indispensable que el superior tenga atribuciones disciplinarias sobre su inferior y que las pueda ejercer de manera directa. Caso contrario, pueden plantearse situaciones absurdas que determinen la ruptura del principio de autoridad.

La interpretación de toda norma jurídica debe propender a preservar su validez. La colisión entre una norma superior y otra inferior debe ser resuelta mediante la asignación a esta última de un significado que la adecue a la primera. Solamente si este mecanismo resulta imposible cabe descalificar a la norma inferior.

En nuestro caso, si se llegara a entender que todas las facultades disciplinarias sobre los jueces inferiores pueden ser ejercidas tanto por la Corte Suprema como por el Consejo de la Magistratura, nos estaremos apartando del texto constitucional. Pero, si el significado de la acordada 52/98 reside en reconocer la potestad disciplinaria del Consejo de la Magistratura para su ejercicio en una primera instancia, mientras que queda a cargo de la Corte Suprema la facultad de revisar el ejercicio de tal atribución cuando acarrea sanciones para un magistrado judicial, en tal caso consideramos que ella no se estará apartando de los lineamientos constitucionales.

Otro tanto si entendemos que es facultad de la Corte Suprema la de sancionar a los jueces inferiores con motivo de los actos que produzcan en el ejercicio de su función jurisdiccional, pero no al margen de ella que quedaría sujeta al Consejo de la Magistratura. Esto no sería óbice para que, con motivo de los actos realizados en el ejercicio de su función jurisdiccional, un juez pueda ser objeto de un pedido de remoción por el Consejo de la Magistratura aunque no fuera sancionado por la Corte Suprema.

#### 613. El juicio por jurados

En tres de sus disposiciones, la Constitución prevé el funcionamiento del juicio por jurados.

El art. 24 dispone que el Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados. El art. 75, inc. 12, autoriza al Congreso para dictar leyes generales para toda la Nación que establezcan el juicio por jurados. Finalmente, el art. 118 dispone que todos los juicios penales ordinarios se tramitarán por jurados, una vez que se establezca en la República esa institución, y que la actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio. Se excluye, expresamente, del juicio por jurados la tramitación del juicio político (arts. 53, 59 y 60 Constitución Nacional), disposición que es extensible a las actuaciones que se concretan ante el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados inferiores (art. 115 Constitución Nacional).

Las normas de la Constitución de los Estados Unidos, también configuraron la fuente a la cual acudieron los constituyentes de 1819 y 1826. El art. 114 de la

Constitución de 1819 establecía que "Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más libres, independientes e imparciales, que sea dado a la condición de las cosas humanas. El Cuerpo Legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias". Cláusula que fue textualmente reproducida por el art. 164 de la Constitución de 1826.

Si bien el art. 118 de la Constitución prevé el juicio por jurados para las causas penales, no existen reparos para su aplicación a las causas civiles si se considera que aquella previsión no está contenida en los arts. 24 y 75, inc. 12, de la Ley Fundamental.

La institución del juicio por jurados se orienta al logro de determinados objetivos. Entre ellos, cabe destacar el propósito de democratizar al Poder Judicial al permitir la participación, en el ejercicio de la función jurisdiccional, de los ciudadanos.

Se trata también, de una auténtica garantía constitucional, cuyo objetivo es establecer un control intraórgano para evitar en los casos concretos un ejercicio abusivo de la función jurisdiccional por parte de los jueces. Quedan ellos sometidos a un control que fortalece el derecho de las personas a ser sometidas a un juicio imparcial.

Por otro lado, la participación de los ciudadanos en la valoración de los hechos debatidos en el proceso judicial introduce la cuota necesaria de sentido común en función de los valores y necesidades de la sociedad. Cuota que no siempre aparece reflejada en la mentalidad de los jueces, apegados a una aplicación mecanicista de la ley.

La función del jurado es la de decidir si el acusado en una causa penal es culpable o inocente del delito que se le imputa. No le corresponde valorar la ley ni determinar la norma jurídica aplicable al caso, porque esa función está reservada a los jueces.

El juzgamiento propiamente dicho siempre está a cargo de un juez que, inclusive, tiene la potestad de declarar nulo el proceso si percibe una actuación irregular de parte del jurado. De modo que no se produce una colisión con el art. 18 de la Constitución, porque el sometimiento del reo se concreta ante un juez que conduce el proceso e imparte instrucciones al jurado, de las cuales éste no se puede apartar.

Si en un sistema democrático se entiende que los ciudadanos están capacitados para elegir a las autoridades gubernamentales, no se advierte por qué no puede estar capacitado para integrar un jurado, para colaborar con quienes ejercen la función jurisdiccional del Estado. Solamente a la luz de una concepción burguesa post napoleónica podríamos sostener la inviabilidad de la participación de los ciudadanos en la conformación de los jurados. Es evidente que nuestros constituyentes de 1853/60 tuvieron más confianza en el buen sentido común de tales ciudadanos, que los legisladores que no se atrevieron a cumplir el mandato constitucional. En otras palabras, nuestros constituyentes tenían convicciones republicanas y democráticas más sólidas que las generaciones de dirigentes que los sucedieron.



El juicio por jurados no equivale al llamado "tribunal escabinado" que ha sido regulado en alguna provincia. El juicio por escabinos consiste en integrar el tribunal judicial con ciudadanos legos y con miembros del Poder Judicial. Todos ellos participan en la apreciación de los hechos debatidos y del derecho aplicable. No existen reparos para que los tribunales judiciales se integren de esa manera si la ley local lo prevé y no lo impide la Constitución provincial.

Las cláusulas constitucionales referentes al juicio por jurados tienen carácter programático. Corresponde al Congreso decidir el momento oportuno para su implementación. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que en tanto la Constitución no impuso al Congreso la obligación de proceder de inmediato al establecimiento del juicio por jurados, aquél puede conferir competencia a los órganos del Poder Judicial para intervenir de manera excluyente en el juzgamiento de los hechos delictivos (56).

El establecimiento del juicio por jurados sólo es viable por ley del Congreso. Es una potestad delegada por las provincias que ellas no podrían ejercer. Sin embargo, la inercia del Congreso en esta materia puede ser remediada por las legislaturas provinciales.

#### 614. Consejo de la Magistratura

El art. 114 de la Constitución, incorporado en 1994, establece el Consejo de la Magistratura. Es un organismo que forma parte del Poder Judicial, aunque no está subordinado de manera directa a la Corte Suprema de Justicia en el ejercicio de las funciones que le asigna específicamente la Ley Fundamental.

Se trata de un organismo que no reconoce antecedentes en nuestra organización jurisdiccional federal. En cambio, se advierte su presencia en varias Constituciones europeas de carácter parlamentario y posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

El surgimiento de tales organismos en los Estados europeos es consecuencia del secular enfrentamiento entre la corona y el parlamento. Progresivamente, el parlamento fue restringiendo las atribuciones legislativas y ejecutivas de la corona. Algo similar aconteció con la función jurisdiccional que, originariamente, residía en el rey. La conformación del órgano jurisdiccional carece de las características propias de un sistema presidencialista en orden a su independencia y control de constitucionalidad que le asignan el rol de un Poder Judicial. Los jueces son funcionarios administrativos calificados que carecen de potestades para controlar la acción constitucional de los órganos legislativo y ejecutivo. En este esquema, los consejos surgieron como entidades en las cuales se concentraron algunas de las atribuciones que correspondían a la corona para la organización de la función jurisdiccional.

Tales antecedentes probablemente fueron considerados por los constituyentes de 1994, aunque abrigamos serias dudas sobre el conocimiento efectivo y práctico que pudieran tener acerca del funcionamiento de tales instituciones. De todos ellos, estimamos que los más valorados por los constituyentes fueron los de la

Constitución Española que, a su vez, se inspiró en la Constitución de Italia y, en menor medida, en la de Francia.

Las características y funciones asignadas por la Ley Fundamental al Consejo de la Magistratura nos inducen a sostener que es un organismo integrante del Poder Judicial, aunque desprovisto de atribuciones judiciales. Es un factor desencadenante de una especie de control intraórgano y, a la vez, de un control interórganos, al limitar la capacidad del órgano ejecutivo para la designación de los jueces inferiores. Como ya tuvimos oportunidad de decir, si bien los jueces inferiores son nombrados por el presidente con acuerdo del Senado, la designación debe recaer sobre alguno de los candidatos propuestos por el Consejo de la Magistratura.

La inclusión del Consejo de la Magistratura en el Poder Judicial está avalada por el art. 1º de la ley 24.937 que no fue modificado por la ley 26.080. Establece que el Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial que ejerce las competencias previstas en el art. 114 de la Constitución Nacional.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia al emitir la acordada 4/2000 del 14/3/2000(57). Allí destacó "Que la reforma de 1994 no ha alterado las graves responsabilidades que derivan de la naturaleza misma de las funciones que ejerce esta Corte, como órgano supremo a cargo del gobierno del Poder Judicial (acordada 8/99). Basta para sostener esta conclusión con tomar en cuenta que las disposiciones de la ley fundamental que crean el Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados han sido incluidas en la sección tercera del título de la Constitución referente al Gobierno Federal, sección que establece el Poder Judicial, por lo que uno y otro son órganos de este Poder".

En el considerando 3º de la acordada 36/04 se expresa que el Consejo de la Magistratura fue incorporado al Poder Judicial, cuya titularidad incumbe exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, al tiempo que rechazó "toda idea de un ejercicio conjunto o bicéfalo".

#### 615. Composición del Consejo de la Magistratura

El art. 114 de la Ley Fundamental dispone que la integración del Consejo de la Magistratura será efectuada por ley del Congreso. Ella deberá prever la periodicidad en los cargos de los miembros del Consejo y, para su integración, preservar el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular —órganos legislativo y ejecutivo—, de los jueces de todas las instancias y de los abogados inscriptos en la matrícula federal. También deberán integrar el organismo personalidades del ámbito académico y científico cuyo número establecerá la ley reglamentaria.

Conforme a la legislación reglamentaria, el Consejo de la Magistratura está compuesto por trece personas:

1) Tres jueces del Poder Judicial de la Nación. Corresponde asegurar la representación igualitaria de los jueces de cámara, de primera instancia y de

magistrados con competencia federal en el interior del país. La elección la realizarán los jueces entre los magistrados que se presenten como candidatos conforme al sistema de representación proporcional en la variante D'Hondt.

2) Seis legisladores, de los cuales tres formarán parte de la Cámara de Diputados y tres del Senado. Serán elegidos por los presidentes de cada Cámara a propuesta de los respectivos bloques. Dos miembros corresponderán al bloque con mayor representación legislativa y uno por la primera minoría.

3) Dos abogados inscriptos en la matrícula federal. La elección la realizarán los abogados habilitados para actuar en el fuero federal por el voto directo. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en el interior del país.

4) Un representante del Poder Ejecutivo. La designación la realiza el presidente de la República.

5) Un representante del ámbito científico y académico, que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales. Su elección está a cargo del Consejo Interuniversitario Nacional por mayoría absoluta de sus integrantes (58) .

Cada miembro titular del Consejo de la Magistratura será elegido con un suplente que lo reemplazará en el cargo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento.

Para ser miembro del Consejo de la Magistratura, se deben cumplir con las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema. La ley se remite a los arts. 55 y 111 de la Constitución.

El art. 5º de la ley dispone que los miembros del Consejo están sujetos a las incompatibilidades e inmunidades que rigen para sus calidades funcionales. Asimismo, los miembros elegidos en representación del Poder Ejecutivo, de los abogados y del ámbito científico o académico estarán sujetos a las mismas inmunidades e incompatibilidades que se aplican a los jueces.

En cuanto a las incompatibilidades, el art. 28 de la ley reglamentaria establece que, tanto respecto al Consejo de la Magistratura como del Jurado de Enjuiciamiento, sus integrantes no tendrán incompatibilidad con el ejercicio del cargo judicial cuando se trata de magistrados, pero podrán solicitar licencia en el cargo judicial si existen motivos fundados que les impiden ejercer ambos cargos simultáneamente. En cambio, los abogados quedarán suspendidos en la matrícula federal por el tiempo que dure el desempeño de sus cargos. Asimismo, es incompatible el ejercicio simultáneo de cargos en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento.

Los integrantes del Consejo de la Magistratura que representan a los jueces, abogados y al ámbito científico académico pueden ser removidos de sus cargos por el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de los miembros que lo componen. En tal caso, el acusado no puede participar en la votación. Las causales de la remoción son el mal desempeño o la comisión de un delito durante el ejercicio de sus funciones, previa sustanciación de un procedimiento que establezca el Consejo

y en el cual se asegure el derecho de defensa del acusado (art. 7º, inc. 14). Los representantes del Congreso y del Poder Ejecutivo pueden ser removidos por las cámaras que integran y, en su caso, por el presidente de la Nación a pedido de las tres cuartas partes de los miembros del Consejo de la Magistratura.

Corresponde al Consejo elegir entre sus miembros a su presidente y vicepresidente. La elección es por mayoría absoluta y el mandato es por un año, transcurrido el cual puede ser reelegido con intervalo de un período.

El art. 114 de la Constitución no exige que los miembros del Consejo de la Magistratura sean legisladores, jueces o abogados. Sí que se trate de personas que representan a tales estamentos.

#### 616. Atribuciones del Consejo de la Magistratura

La incorporación del Consejo de la Magistratura a nuestro sistema institucional obedeció a dos propósitos. Por un lado, mejorar la calidad del Poder Judicial al integrar sus cuerpos con individuos altamente capacitados para ejercer la función jurisdiccional, y libres de todo compromiso político con los órganos gubernamentales. Por el otro, liberar a la Corte Suprema de Justicia de las pesadas tareas administrativas y económicas para cuyo desempeño carecía de la idoneidad pertinente.

A satisfacer tales propósitos responden las atribuciones que el art. 114 de la Constitución confiere al Consejo. Pueden ser agrupadas en dos categorías.

La primera es de índole administrativa. Abarca las atribuciones relacionadas con la organización y funcionamiento del Consejo, así como también del propio órgano judicial.

La segunda se vincula con la integración de los tribunales inferiores del Poder Judicial. Comprende las funciones atinentes a la selección de los candidatos a ocupar los cargos judiciales inferiores, su remoción y ejercicio de potestades disciplinarias.

#### 617. Atribuciones administrativas

Las atribuciones administrativas están previstas en los incs. 3º y 6º del art. 114 de la Ley Fundamental. Facultan al Consejo de la Magistratura para administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley le asigna al Poder Judicial; dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial; y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio jurisdiccional.

Con referencia al Consejo de la Magistratura, y en materia de remuneraciones de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial, el art. 114, inc. 3º, de la Constitución se limita a reconocerle la potestad de administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que asigne la ley reglamentaria.

#### 618. Selección de candidatos para cargos judiciales

El Consejo de la Magistratura es competente para llamar a concurso público de oposición y antecedentes para proponer los candidatos a cubrir las vacantes de magistrados judiciales. Efectuada la convocatoria, solamente se podrán presentar aquellas personas que reúnan las condiciones establecidas por la ley para ser jueces con la categoría correspondiente a la vacante. La nómina de los postulantes inscriptos se dará a publicidad para que se formulen las impugnaciones que correspondan.

Al ser convocado el concurso, la Comisión de Selección sorteará a cuatro miembros de las listas que conformarán el jurado. Cada jurado estará integrado por dos jueces y dos profesores de derecho. No pueden ejercer esa función los miembros, funcionarios y empleados del Consejo de la Magistratura.

El jurado realizará la evaluación de los postulantes y establecerá las notas que les correspondan, elevando lo actuado a la Comisión de Selección para que califique los antecedentes de los aspirantes. La Comisión correrá vista de las actuaciones a los postulantes, quienes podrán formular impugnaciones.

Una vez vencido el plazo para impugnar, la Comisión determina la terna de candidatos y el orden de prelación sobre la base de la ponderación que realice de los elementos reunidos y los resultantes de la entrevista con los postulantes.

Las actuaciones serán remitidas al plenario del Consejo, que podrá revisar de oficio las calificaciones de los exámenes escritos, de los antecedentes, impugnaciones y dictámenes.

El concurso no puede superar los noventa días hábiles desde la prueba de oposición. Concluye cuando el plenario, por el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, adopta una decisión que la ley declara irrecorrible. Consideramos, a pesar de ello, que es viable el acceso al órgano judicial si media una manifiesta y arbitraria violación de los derechos de algún postulante.

El Consejo de la Magistratura eleva la terna al presidente de la República, para que éste seleccione a uno de los candidatos y proceda, con acuerdo del Senado, a su designación como magistrado judicial. De manera que la designación del juez es facultad privativa del presidente con acuerdo del Senado y no del Consejo de la Magistratura.

El art. 114 de la Ley Fundamental, al igual que el art. 7º, inc. 10, de la ley reglamentaria, dispone que la terna es vinculante. El carácter vinculante para el Poder Ejecutivo significa que éste no puede designar como juez a una persona que no esté incorporada a la terna. Pero en modo alguno significa que el presidente esté obligado a designar a uno de los integrantes de ella. Puede rechazar la terna propuesta, pero en tal caso el cargo judicial permanecerá vacante.

#### 619. Sanciones disciplinarias

El art. 114 de la Constitución establece que es atribución del Consejo de la Magistratura ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados inferiores. En tal sentido, el art. 7º, inc. 12, de la ley reglamentaria dispone que el Consejo puede

aplicar sanciones a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación y por el voto de la mayoría de los miembros presentes. Añade que la Corte Suprema y demás tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial.

Las sanciones disciplinarias que aplica el Consejo de la Magistratura a los jueces inferiores son apelables ante la Corte Suprema de Justicia.

El art. 7º, inc. 12, de la ley reglamentaria establece que la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores mantienen la potestad disciplinaria sobre los funcionarios y empleados del Poder Judicial, de acuerdo con las leyes y reglamentos vigentes. En tales casos no interviene el Consejo de la Magistratura, a menos que se trate de sus propios funcionarios y empleados, porque su potestad disciplinaria se extiende solamente sobre los jueces inferiores. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que esa potestad sobre los magistrados no es exclusiva del Consejo de la Magistratura, sino concurrente con el que tiene sobre ellos el organismo que ejerce la titularidad del Poder Judicial, cuando se trata de faltas producidas en el ejercicio de la función jurisdiccional.

#### 620. Remoción de los jueces

El art. 114, inc. 5º, de la Ley Fundamental prescribe que el Consejo de la Magistratura es el órgano competente para decidir la apertura del procedimiento de remoción de los magistrados mediante la formulación de la acusación correspondiente. Asimismo, puede ordenar la suspensión en sus funciones del magistrado objeto de la acusación. Suspensión que no es viable para los jueces de la Corte Suprema de Justicia pues no está prevista en la Constitución.

Con o sin la previa intervención de la Comisión de Acusación, actuando de oficio, a petición de un particular o como consecuencia de la instrucción de un sumario por los tribunales superiores respecto de los jueces inferiores, el Consejo de la Magistratura puede promover el procedimiento para la remoción de un magistrado judicial mediante el voto de los dos tercios de sus miembros presentes.

El Consejo de la Magistratura inicia el proceso de remoción de un magistrado judicial mediante la acusación basada en alguna de las causales previstas en el art. 53 de la Constitución: mal desempeño del cargo; comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones; o comisión de delitos comunes.

La ley reglamentaria dispone que la decisión del Consejo no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo. Esta limitación no está prevista en la Ley Fundamental y por ello configura, a nuestro entender, una restricción improcedente cuando la acusación se formula al margen del procedimiento estatuido o por causales diferentes a las previstas en el art. 53 de la Constitución; cuando el acto de la suspensión padece de vicios similares; o cuando la suspensión es decretada sin previa audiencia del juez cuestionado. Si bien esa audiencia previa no es necesaria para efectuar la acusación, sí lo será para hacer efectiva la suspensión porque, en tal caso, se estará marginando el principio de la

inamovilidad de los magistrados judiciales sin que se les permita previamente ejercer su derecho de defensa.

El recurso correspondiente deberá ser planteado ante la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, el Alto Tribunal considera hasta el presente que las decisiones del Consejo de la Magistratura no son recurribles por no constituir sentencias definitivas.

La facultad de suspender al juez solamente le es reconocida al Consejo y no al tribunal de enjuiciamiento.

Si el superior tribunal provincial declara la nulidad de la sanción de suspensión sin goce de haberes impuesta al juez por el Consejo de la Magistratura y decide absolver al recurrente de la sanción, es improcedente el recurso extraordinario ante la Corte federal por tratarse de un conflicto de poderes que debe ser resuelto conforme al derecho público local (59).

#### 621. Jurado de enjuiciamiento

El art. 115 de la Constitución establece que los jueces de los tribunales inferiores acusados por el Consejo de la Magistratura podrán ser removidos de sus cargos por las causales expresadas en el art. 53 mediante la decisión adoptada por jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

El sistema es similar al previsto para el juicio político. En el caso de los arts. 58 y 59 de la Constitución, el órgano acusador es la Cámara de Diputados y el tribunal de juzgamiento el Senado. En el caso de los arts. 114, inc. 5º, y 115 el órgano acusador es el Consejo de la Magistratura y el juzgamiento está a cargo del Jurado de Enjuiciamiento.

El art. 22 de la ley 24.937, con la reforma de la ley 26.080, establece que el Jurado de Enjuiciamiento está integrado por siete miembros: dos jueces, cuatro legisladores y un abogado. Los jueces son dos camaristas, uno del fuero federal del interior del país y el otro de la Capital Federal. Dos de los legisladores integran la Cámara de Senadores y los restantes la Cámara de Diputados. El abogado debe ser de la matrícula federal y reunir los requisitos para ser juez de la Corte Suprema.

Todos los miembros del jurado se eligen por sorteo semestral público, entre las listas representantes de cada estamento, y el desempeño de la función es una carga pública.

Por cada miembro titular, se elige un suplente para reemplazarlo en caso de renuncia, remoción o fallecimiento. Otro tanto si el juicio se promueve contra alguno de los jueces que integran el tribunal.

La presidencia del Jurado de Enjuiciamiento corresponde al miembro que sea designado por sus pares.

Los jurados duran en sus cargos mientras esté en trámite el juicio que le fue encomendado y sólo con relación a él.

Presentada la acusación por el Consejo de la Magistratura, corresponde conferir traslado al magistrado judicial objeto de aquélla para que ejerza su derecho de defensa. Las audiencias serán orales y públicas y podrán ser suspendidas por circunstancias imprevisibles o extraordinarias a criterio del Jurado de Enjuiciamiento. En tales casos, entendemos que queda suspendido el curso del plazo de caducidad de la causa que prevé el art. 115 de la Ley Fundamental.

Producida la prueba y los alegatos o informes de la acusación y defensa, el Jurado de Enjuiciamiento emitirá su pronunciamiento en el término de veinte días (art. 26, inc. 7º, de la ley 24.937). Si se opera el vencimiento de ese plazo, el fallo del Jurado de Enjuiciamiento será válido siempre que no se opere el plazo de caducidad.

Para concretar la destitución del magistrado judicial, es necesario el voto de los dos tercios de la totalidad de miembros del Jurado de Enjuiciamiento. El único efecto del fallo condenatorio será la destitución del magistrado ya que el art. 115 de la Constitución no prevé el efecto accesorio del art. 60: declaración de incapacidad para ocupar en lo sucesivo empleos de honor, confianza o a sueldo de la Nación.

El art. 27 de la ley reglamentaria establece que contra el fallo del Jurado de Enjuiciamiento solamente procederá el recurso de aclaratoria, que deberá interponerse dentro de los tres días de la notificación. Consideramos que, en igual plazo, también se podrá interponer un recurso de revocatoria para remediar algún error de hecho o, inclusive, de derecho en que hubiera incurrido el Jurado de Enjuiciamiento.

Esa disposición se adecua al art. 115 de la Constitución, que establece que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento será irrecurrible lo cual, a la luz de una interpretación literal, puede conducir a sostener que el pronunciamiento no podrá ser cuestionado por vía judicial.

Sin embargo, el incumplimiento de las reglas del debido proceso legal y de las formalidades sustanciales que regulan el proceso debe permitir la revisión del fallo condenatorio por la Corte Suprema de Justicia. La Corte no podrá revisar el fondo de la cuestión ni expresar su disconformidad con la tipificación de los comportamientos atribuidos al acusado. Pero sí podrá expedirse sobre la violación de las garantías constitucionales atinentes al debido proceso o de los recaudos establecidos por la Constitución y su ley reglamentaria para la sustanciación del juicio, o sobre la validez de la propia ley reglamentaria si llegara a vulnerar los principios de la Ley Fundamental o de los tratados internacionales.

Como el juicio que se sustancia ante el Jurado de Enjuiciamiento reviste igual naturaleza que el contemplado por los arts. 53, 59 y 60 de la Constitución, la doctrina jurisprudencial forjada respecto de este último es plenamente aplicable al primero.

La Constitución establece un plazo máximo para la sustanciación del juicio que es de ciento ochenta días desde la presentación de la acusación efectuada por el

Jurado de Enjuiciamiento. Vencido dicho plazo sin que medie un fallo condenatorio, corresponde disponer el archivo de las actuaciones y la reposición del magistrado en su cargo si fue suspendido.

El archivo de la causa acarrea los efectos de la cosa juzgada. Consecuentemente, ese magistrado no podrá ser nuevamente acusado por los hechos que motivaron la sustanciación del proceso.

La ley 26.080 incorporó un párrafo al art. 25 de la ley 24.937, cuya validez constitucional es cuestionable. Establece que, entre otras, son causales de mal desempeño y caducidad de los beneficios previsionales, el desconocimiento inexcusable del derecho; el incumplimiento reiterado de la Constitución y las leyes; la negligencia grave en el ejercicio del cargo; la realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio del cargo judicial; los desórdenes graves de conducta personal; el abandono de sus funciones; la aplicación reiterada de sanciones disciplinarias. Cuando obedezca a la incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo, no se producirá la pérdida de los beneficios previsionales establecidos por el art. 29 de la ley 24.018. Consideramos que esto último debe aplicarse en todos los casos porque se trata de una pena accesorio no prevista en la Constitución.

El art. 115 de la Constitución dispone que el juzgamiento por el Jurado de Enjuiciamiento sólo puede concretarse por las causales previstas en el art. 53. Entre ellas, figura la causal de mal desempeño cuyo contenido queda librado a la exclusiva valoración del órgano juzgador, sin que sea viable su reglamentación por el Congreso, ni siquiera a título enunciativo.

## 622. Ministerio Público

El art. 120 de la Constitución establece que "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

Antes de la inserción de esta cláusula constitucional con la reforma de 1994, las normas vigentes establecían una dependencia del Ministerio Público frente al Poder Ejecutivo. Sus miembros eran designados por el Poder Ejecutivo, quien podía impartirles órdenes sobre la forma en que debían actuar en los procesos judiciales.

Sin embargo, tradicionalmente, se entendió que el Ministerio Público debía formar parte del Poder Judicial. Sus miembros cursan la carrera judicial, sus partidas presupuestarias están comprendidas en el ámbito del Poder Judicial e inclusive, en determinados momentos, quienes asumían las funciones del Ministerio Público ante los tribunales de alzada y la Corte Suprema de Justicia eran designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, al igual que los magistrados judiciales.

Quizás lo más significativo es que la generalidad de los funcionarios y empleados del Ministerio Público siempre consideraron que estaban englobados en el Poder Judicial.

La referencia constitucional a un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera ha conducido a sostener que se trata de un cuarto poder o como un órgano extrapoder. Esta postura estaría avalada por una interpretación literal de la Constitución. En efecto, su regulación en ella aparece expuesta en una sección cuarta autónoma de la sección tercera que, en sus arts. 108 a 119, regula la composición del Poder Judicial.

Consideramos que la circunstancia de que el Ministerio Público disfrute de independencia respecto de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial del gobierno, no lo transforma en un cuarto poder ni en un órgano extrapoder. Se trata de un organismo integrado por dos cuerpos —Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa— cuyas funciones se ejercen en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Estado con el objeto, entre otros, de controlar la actuación de los magistrados judiciales. El hecho de que desarrolle su labor fundamental en el ámbito jurisdiccional nos induce a sostener que se trata de un organismo de control horizontal e intraórgano que forma parte del Poder Judicial. El Ministerio Público no sanciona leyes ni las ejecuta. Su rol reside en instar su aplicación por los jueces en el marco de un proceso judicial donde se desenvuelve el poder jurisdiccional del Estado.

El art. 120 de la Ley Fundamental fue reglamentado por la ley 24.946, sancionada el 11/3/1998.

El Ministerio Público presenta la particularidad de no estar sometido a una jefatura única. El organismo se divide en dos cuerpos cuyo funcionamiento es independiente en orden a las atribuciones que les confiere la ley reglamentaria. Se trata del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa. La jefatura del primero corresponde al procurador general de la Nación, y la del segundo al defensor general de la Nación.

El procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado mediante el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Para asumir el cargo deben ser ciudadanos argentinos, poseer título de abogado con una antigüedad no menor a ocho años y reunir las calidades exigidas para ser senador que impone el art. 55 de la Constitución.

Para la elección de los restantes integrantes del Ministerio Público, el procurador general de la Nación o, en su caso, el defensor general de la Nación presentan al Poder Ejecutivo una terna de candidatos de los cuales éste elige uno, cuyo nombramiento se concreta con el acuerdo de la mayoría de los miembros presentes del Senado.

La terna que se presenta al Poder Ejecutivo debe resultar de un concurso público de antecedentes y oposición que se sustancia ante un tribunal integrado por cuatro

miembros del Ministerio Público cuya convocatoria corresponde, según el caso, al procurador general de la Nación o al defensor general de la Nación.

Las remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público se determinan sobre la base de una escala comparativa con las que perciben los magistrados judiciales.

El art. 120 de la Constitución establece que las remuneraciones de los integrantes del Ministerio Público son intangibles. La intangibilidad significa la imposibilidad de que sean reducidas, pero no necesariamente su incremento automático como consecuencia del aumento que tengan las retribuciones judiciales.

El art. 13 de la ley reglamentaria dispone que los miembros del Ministerio Público gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta.

La ley reglamentaria otorga a los miembros del Ministerio Público la inmunidad de arresto, a menos que sean sorprendidos con motivo de la comisión de un delito. También los faculta para negarse a prestar declaración como testigos en forma personal, debiendo en tal caso hacerlo por escrito y bajo el juramento de estilo. Son prerrogativas de índole legal y no constitucional. Su interpretación debe ser restrictiva y es susceptible de modificación por decisión del Congreso.

Los miembros del Ministerio Público no podrán ser condenados en costas en las causas que intervengan como tales, pero pueden ser obligados a reparar, solidariamente con el Estado, los daños que su actuación provoque a terceros por el ejercicio irregular de las funciones, tal como lo establece el art. 1112 del Código Civil.

La estabilidad en los cargos determina que, en principio, los integrantes del Ministerio Público no pueden ser trasladados a otras jurisdicciones territoriales sin su consentimiento.

El procurador general de la Nación y el defensor general de la Nación pueden ser removidos de sus cargos por el procedimiento del juicio político previsto en los arts. 53 y 59 de la Constitución. Se trata de un mecanismo legal que no resulta del texto de la Ley Fundamental y que, por ende, puede ser modificado por el Congreso.

La remoción de los restantes integrantes del Ministerio Público por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie se concreta a través de un tribunal de enjuiciamiento por el voto de la mayoría de la totalidad de sus integrantes.

En cuanto a las funciones del Ministerio Público, están enumeradas en el art. 25 de la ley reglamentaria. Son, entre otras, las de promover las actuaciones judiciales en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; representar y defender el interés público en todas las causas en que se requiera conforme a la ley; promover y ejercer la acción pública en las causas penales, salvo cuando fuere necesario la previa instancia o requerimiento de parte; promover acciones civiles en los casos previstos por la ley; intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, filiación y en todos los relativos al estado civil y nombre de

las personas; intervenir en los procesos en que se alegue privación de justicia; promover o intervenir en los casos atinentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, o cuando fuera necesario para suplir la inacción de sus asistentes, representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo, o cuando fuere necesario controlar la gestión de estos últimos; asumir la defensa de las personas en las causas penales cuando sea requerida y en otros fueros cuando los defendidos carezcan de recursos o estén ausentes; velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, promoviendo las acciones judiciales pertinentes cuando se verifique la violación de ellos; intervenir en los procesos judiciales donde se solicite la ciudadanía argentina.

En su actividad judicial penal la titularidad de la acción penal le corresponde al Ministerio Público. Su petición impulsa el proceso penal, sin perjuicio de la facultad reconocida al particular damnificado (60) . De modo que, en principio, para la aplicación de una sentencia penal condenatoria se requiere la petición del Ministerio Público (61) . Pero, en el curso del procedimiento de instrucción, si el fiscal solicita el sobreseimiento o cierre de la causa, el juez puede requerir la confirmación del fiscal de cámara.

Los miembros del Ministerio Público están obligados a cumplir las instrucciones que les impartan el procurador general de la Nación o, en su caso, el defensor general de la Nación, sin perjuicio del derecho de dejar a salvo su opinión personal. Asimismo, en los casos de acción pública, el Ministerio Público debe actuar de oficio.

Para preservar su independencia frente al Poder Ejecutivo, la ley reglamentaria dispone que el Ministerio Público no puede asumir la representación del Estado en juicio ni brindar asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo ni ejercer funciones jurisdiccionales.

La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas forma parte del Ministerio Público Fiscal. Es el organismo específicamente facultado para investigar la conducta de los agentes de la Administración Pública nacional y de las sociedades, empresas o entes en que tenga participación el Estado. A tal fin debe sustanciar los sumarios correspondientes y denunciar ante los jueces los hechos que puedan configurar delitos. En estos casos, la acción penal es ejercida por los fiscales competentes con la intervención del fiscal nacional de Investigaciones Administrativas. Cuando los fiscales consideren que no corresponde proseguir con el curso de la acción penal, el fiscal de Investigaciones Administrativas podrá asumir el ejercicio directo de la acción.

(1) Fallos CS 328:1476 y 1774.

(2) Fallos CS 247:676; 284:150; 297:456; 303:1776.

(3) Fallos CS 325:1418. La Corte reiteró la doctrina que expuso en el caso "Guida" (Fallos CS 323:1566 —LA LEY, 2000-C, 828—).

(4) Fallos CS 316:1699.  
(5) Fallos CS 277:442.  
(6) Fallos CS 315:1492.  
(7) Fallos CS 317:1880; 322:2399.  
(8) Fallos CS 302:1325; 311:2351.  
(9) Fallos CS 323:555.  
(10) Fallos CS 311:2728.  
(11) Fallos CS 311:1791.  
(12) Caso "Charpin", sent. del 8/4/2009, LA LEY, 5/5/2009.  
(13) Caso "Cantos", Fallos CS 326:2968. LA LEY, 2003-F, 16.  
(14) Fallos CS 325:1364.  
(15) Fallos CS 328:422.  
(16) Fallos CS 325:3514.  
(17) Fallos CS 325:3542.  
(18) Fallos CS 315:2309.  
(19) Fallos CS 90:97.  
(20) Caso "Barreto", Fallos CS 329:759.  
(21) Sent. del 10/6/2008; LA LEY 2008-D-538.  
(22) Fallos CS 331:1750.  
(23) Fallos CS 331:108.  
(24) Fallos CS 322:2856; 323:1199.  
(25) Fallos CS 322:2399; 323:959; 324:1648.  
(26) El importe es de \$ 200.000.000.  
(27) Fallos CS 328:566.  
(28) "Kansas v. Colorado" (185 US 125 de 1902).  
(29) Fallos CS 310:2478.  
(30) Fallos CS 319:324.  
(31) Fallos CS 326:2968.  
(32) Fallos CS 327:5118.  
(33) Fallos CS 322:1616.

(34) Fallos CS 322:1616.  
(35) Fallos CS 326:4816.  
(36) Fallos CS 203:5.  
(37) Fallos CS 306:72.  
(38) Fallos CS 201:245.  
(39) Fallos CS 322:1616. LA LEY, 1999-F, 33.  
(40) Fallos CS 322:1253. LA LEY, 1993-B, 264 - DJ, 1993-2-195.  
(41) Fallos CS 325:3514. LA LEY, 2003-C, 253.  
(42) Fallos CS 307:2340. LA LEY, 1985-D, 166.  
(43) Fallos CS 329:385.  
(44) Fallos CS 176:73, 187:687 y 191:65.  
(45) "Evans v. Gore" (253 US 245 de 1920).  
(46) "O'Malley v. Woodrough" (307 US 277 de 1939).  
(47) Fallos CS 176:73 ("Fisco Nacional c. Medina").  
(48) Acordada 20/96 de la Corte Sup., del 11/4/1996.  
(49) Fallos CS 1:302; 8:466; 300:81; 317:365.  
(50) Fallos CS 323:2115.  
(51) 403 U.S. 713.  
(52) Fallos CS 317:2046.  
(53) 420 U.S. 469 y 443 U.S. 97.  
(54) Sent. del 28/7/2005. LA LEY, 11/10/2005.  
(55) Fallos CS 330:1036.  
(56) Fallos CS 208:21 y 225.  
(57) Fallos CS 323:1293.  
(58) Antes de la reforma introducida por la ley 26.080, los miembros del Consejo eran 20: el presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuatro jueces, ocho legisladores, cuatro abogados, un representante del Poder Ejecutivo y dos representantes del ámbito científico y académico.  
(59) Fallos CS 328:1689.  
(60) Fallos CS 321:2021.  
(61) Fallos CS 327:120 y 5863; 328:242.