

# Teoría y Derecho Constitucional

## UNIDAD 1: ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?

- APARTADO A: CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN, DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

### CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN

- PLANO FORMAL/DESCRIPTIVO

*La constitución es la norma que dice cómo se hacen las normas*

Esta definición aplica a todo tiempo y lugar, esté o no escrita. Se trata de la ley suprema (porque ella lo dice en el artículo 31), el marco de toda legislación posible y actuación humana. Para hablar de CN esta debe tener una declaración de derechos y garantías, por eso se dice que la CN es paradigma de estos dos elementos.

Siempre que hay CN hay orden jurídico, por lo que hay Estado y por lo tanto hay poder. Por eso la CN es la suma de los factores reales del poder, así como un instrumento mediatizador de soberanía. La CN es fuente de derecho y es producto de la realidad social, creada a través de un poder constituyente. En términos de Bidart Campos, la CN, como norma fundamental, regula la creación del derecho, estableciendo los sujetos que han de dictarlo, el procedimiento pertinente, y a veces los contenidos mínimos que éste debe tener.

- PLANO NORMATIVO/SUSTANTIVO

*Lo que la constitución es no puede estar extrañado de su deber ser-* Carlos Santiago Nino

La CN siempre indica un deber ser: hay un carácter restrictivo del poder en favor de la libertad. La CN establece los límites entre poder y libertad, y la idea de in dubio pro-libertad nos remite a que los poderes se interpretan siempre restrictivamente. La restricción no la tienen sólo los ciudadanos, sino también quien detenta la autoridad. Con “extrañado” se refiere a algo que falta, que no está presente: el deber ser es algo que no puede faltar en la CN.

Esta idea surge cuando nacen las CN escritas, por todo el proceso político que implicó llevarlas a cabo.

### DERECHO CONSTITUCIONAL

Ordenamiento jurídico fundamental y supremo que organiza jurídica y políticamente al Estado. El DC se erige por dos principios sustantivos, reflejados en el artículo 31 de la CN:

**Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación;** y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

En este artículo encontramos dos principios:

- **SUPREMACÍA**

Este artículo indica el **carácter autorreferencial de la CN**: ella dice que es la norma que dice cómo se hacen las normas, ella dice que es suprema, y que brinda la organización fundamental de un Estado.

- **SUBORDINACIÓN**

El derecho positivo de un Estado se articula en torno a normas jurídicas, nutridas de los valores de esa comunidad y materializadas en los hechos sociales. Ese conjunto de normas se estructura en torno a un principio rector y, emanando de diversas fuentes, se subordinan a la norma de base del sistema (CN). En este sentido, para Kelsen un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación (y la validez) de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto”.

## CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Subárea del mundo jurídico que estudia la organización fundamental del Estado, las bases de su orden jurídico-político dadas por la constitución, el ordenamiento que deviene de ella. Esta última, a su vez, puede analizarse desde distintas perspectivas desde el DC, según la amplitud o no que se le brinda a ella:

- **DERECHO CONSTITUCIONAL FORMAL-LEGAL:** Su contenido está dado formalmente por la CN escrita o codificada, y en los Estados donde no existe, por las normas constitucionales dispersas, también escritas. El derecho constitucional formal se basa en una ☐ *Constitución Formal*



Se trata de una ley suprema, escrita, sistematizada, generalmente codificada en un instrumento único, que aplica a todo tiempo y lugar. Se trata de lo que está escrito, es el contenido de los artículos y tiene fuerza normativa. Se diferencia de las leyes ordinarias por ser producto de un poder constituyente que, también formalmente, la elabora.

□ *Énfasis en el plano normativo*: La constitución formal o escrita es jurídica, es normativa, es decir, contiene normas jurídicas. Por eso cabe decir que es “derecho”: el derecho de la constitución. De esta juridicidad predicada en todo el texto constitucional (incluido su preámbulo y sus disposiciones transitorias) se desprende la llamada fuerza normativa. La CN posee en sí misma fuerza o vigor normativos, lo que significa que es exigible, obligatoria, aplicable y vinculante, para todos.

- **DERECHO CONSTITUCIONAL MATERIAL- REAL**: Desde esta perspectiva, el contenido de la CN se vuelve más amplio. Es decir, implica no encasillarse en el texto de la CN formal y desplazarse a la dimensión sociológica. El DC material tiene como contenido dos grandes partes de la CN:

- Parte Dogmática | Libertad (art. 1-43): Derecho constitucional de la libertad. Referido al modo de situación política de los hombres en el Estado, las relaciones del hombre con el Estado y los demás hombres.
- Parte Orgánica | Poder (art. 44-129): Referido al poder, sus órganos, funciones y relaciones entre órganos y funciones.

El derecho constitucional material se basa, en una □ *Constitución Material*



Remite a la dimensión sociológica, y equivale al régimen o sistema políticos. Se trata de la CN vigente y eficaz (DC positivo) de un Estado, aquí y ahora en tiempo presente. Se trata de la CN que tiene vigencia sociológica, actualidad y positividad, a diferencia de la formal que destaca por su normatividad. Es esencial porque, aunque todo Estado posee una CN formal, esto es así porque está constituido u organizado de una manera determinada.

□ *Énfasis en el plano descriptivo*.

## FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

- **FUENTES DEL ORDEN NORMATIVO (FORMALES)**

- La fuente de la norma en sí misma: cuando se da una “manifestación” o constancia de la norma, de modo que sabemos que en el orden normativo “hay” una norma.
- El “acto de creación” o establecimiento de la norma
- El conjunto de ideas, valoraciones, normas, realidades, que sirve de inspiración para el contenido de la norma

- **FUENTES DEL DC MATERIAL**

Todo canal o carril por el cual ingresa o se incorpora (o emigra) un contenido en la CN material; todo lo que en ella encontramos viene de una fuente que engendra un derecho vigente en la dimensión sociológica. Estas son:

*Cuando funcionan y se cumplen*

- Constitución formal en sí misma
- Leyes con contenido constitucional
- Tratados internacionales

## *Otras fuentes*

- Derecho no escrito: consuetudinario y espontáneo
- Derecho judicial
- Derecho internacional no contractual

### **1. Derecho no escrito:** Este puede ser de dos tipos:

- Consuetudinario: Deriva de la costumbre. Requiere muchos casos análogos, donde hay una repetición de conductas análogas durante mucho tiempo, y donde existe un “animus” o convicción de su obligatoriedad.
- Espontáneo: Conducta que se torna ejemplar (tiene vigencia sociológica), que no requirió cumplir con las condiciones respecto a la repetición/casos similares, etc. para volverse ejemplar. La ejemplaridad se da en poco o mucho tiempo, si hay casos análogos o si proviene de una sola conducta, no interesa: basta que exista. ¿Por qué se acelera el proceso? Las conductas que se ejemplarizan devienen de conductas de titulares o detentadores de poder, a quienes en el orden de las normas visualizamos como órganos de poder o del Estado. Las conductas se socialicen y generalicen rápidamente, volviéndose ejemplares.

### **2. Derecho Judicial:** Funciona como fuente a través de un proceso similar al del derecho espontáneo, a diferencia de que aquí la conducta es cumplida por uno o varios hombres que administran la justicia (órganos del poder judicial), a través de sentencias. La conducta cumplida con la sentencia puede actuar como modelo, ejemplarizarse y servir de precedente para resolver casos semejantes en el futuro en igual sentido. Con eso, la sentencia se proyecta más allá del caso y se generaliza espontáneamente por imitación. Es lo que conocemos como sentar jurisprudencia. La creación de DC material por vía derecho judicial, cuenta con un factor decisivo: el control judicial de constitucionalidad, sobre todo cuando está a cargo de la CSJN.

### **3. Derecho Internacional Público:** Este se divide en contractual (derivado de tratados y convenciones) y no contractual (consuetudinario, usualmente llamado “derecho de gentes”). La relación entre DIP y derecho interno respecto a las fuentes, es decir, cómo se incorpora el primero en el segundo, será distinta según la perspectiva que se tome:

- Monismo: Entre DIP y derecho interno existe unidad de orden jurídico y, por ende, unidad en el sistema de fuentes. Por lo tanto, las normas del DIP son automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno. En otras palabras, el DIP penetra y se incorpora directamente en el derecho interno.
- Dualismo: Hay dualidad de órdenes jurídicos e incomunicación entre ambos. Cada uno posee su propio sistema de fuentes, así que las fuentes del DIP no funcionan directamente en el derecho interno. Por lo tanto, para que se dé la incorporación del primero en el segundo, hace falta que una fuerza interna le de recepción, la cual hace de colador o filtro para dejar pasar al DIP, generando una novación o conversión del DIP en interno.

Generalmente, a la hora de incorporar el DIP contractual los países no presentan grandes problemas para aceptar el monismo, pero sí ocurre en el DI no contractual. En este sentido, nuestra CN sí es monista. Según Bidart Campos, esto es así porque en ninguna parte establece que hace falta una ley de recepción luego de la ratificación del tratado. Además, en el art. 31 menciona a los tratados como ley suprema, y lo diferencia de las leyes y la CN en sí misma, lo que indica que los primeros ingresan al derecho interno como tratados, es decir, sin perder su naturaleza y sin necesidad de una ley de incorporación (si esa ley existiera, sería redundante hablar de los tratados y las leyes). Lo mismo ocurre en el artículo 116: se cita a los tratados separadamente de las leyes.

## FUENTES HISTÓRICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Según Bidart Campos, las fuentes históricas pueden ser de tres tipos:

- 1. IDEOLÓGICAS O DOCTRINARIAS:** Ideas, doctrinas y creencias que gravitan sobre el constituyente al componer la CN. Respecto a las fuentes extranjeras, a pesar de la influencia recibida de afuera, la CN asume una solución propia, que no es una copia automática de modelos foráneos, sino una imitación que acomoda lo extraño a lo vernáculo.
- 2. NORMATIVAS:** DC escrito: los textos y normas previos a 1853-1860 que sirvieron de antecedente e inspiración. Ejemplo: ensayos constitucionales desde 1810 hasta la CN hasta 1826, los pactos preexistentes.
- 3. INSTRUMENTALES:** Proceso político-jurídico que condujo a establecer la CN, y que nos explican cuándo, cómo y por qué se incorporan a ella sus contenidos fundamentales (la CN se escribe con sangre).

Haciendo un análisis complementario (clases), podemos decir que nuestras fuentes históricas son:

- **FUENTES NACIONALES** (serán desarrolladas en profundidad en la U3)

**1. CABILDO ABIERTO (22/05/1810):** Aquí encontramos la teoría de la retroversión del poder de Francisco Suárez, junto con la pregunta fundamental: ¿quién es el pueblo? En este contexto, Juan José Paso propone la teoría de la gestión de los negocios ajenos (representación): actúo en nombre de los que no están.

### **2. ASAMBLEA DEL AÑO XIII**

### **3. LAS BASES DE ALBERDI**

**4. CONSTITUCIÓN DE 1826:** En el contexto de una guerra con Brasil, se sanciona una CN unitaria (contrario a la de 1853 de tipo federal), con tendencia a un Estado unitario y centralizado. Sin embargo, a pesar de sus diferencias con la CN actual, es antecedente en cuestiones de PL y PJ.

**5. PACTOS PREEXISTENTES:** Pactos ofensivos-defensivos entre provincias, basados en la idea de defensa mutua/común en caso de ataque. También hacen hincapié en la libre navegación de los ríos. Estos fueron:

- Pacto del Pilar
- Pacto de Benegas
- Pacto del Cuadrilátero
- Pacto Federal

- Pacto de San Nicolás de los Arroyos
- Pacto de San José de Flores
- **FUENTES EXTRANJERAS**

## REVOLUCIONES (NORTEAMERICANA Y FRANCESA)

Entre las causas inmediatas de estas revoluciones encontramos: en el caso de USA, impuestos que venían de la corona, en los cuales no tenían injerencia (la gota que rebalsó el vaso fue el impuesto al té). Por otra parte, la causa inmediata de la RF fue la sequía, el hambre. La causa económica en este caso termina siendo la desencadenante, aunque haya consecuencias políticas de fondo.

Por primera vez podemos entender la CN como una carta política escrita, que no sólo tendrá la parte orgánica (poderes del Estado) sino también la dogmática: declaraciones de derechos y garantías. La influencia se verá claramente en el objetivo de limitar al poder, basado en el principio de la libertad, punto esencial de la RF y el constitucionalismo clásico.

## NIVELES DE ANÁLISIS DEL DISCURSO

Para hacer teoría constitucional y entender el derecho constitucional utilizamos 3 lentes o niveles de discurso distinto, para así concretar un auténtico análisis

### **1. PLANO DESCRIPTIVO:** entendimiento de la realidad tal como se presenta.

*SER* □ en términos politológicos y/o sociológicos

- En este nivel se puede observar el comportamiento real de las instituciones y las relaciones de poder.
- nos permite entender los enunciados descriptivos de ciertos predicados que pueden ser verdaderos o falsos respecto a la dimensión sociológica.
- te permite descomplejizar la realidad

### Categoría importante: ETHOS CONSTITUCIONAL

### **2. PLANO NORMATIVO:** La constitución es norma, pretende guiar desde el “deber ser” la sociedad (sist. de normas/ enunciados normativos)

-*deber ser*→ término jurídico.

-hay distintos tipos de sistemas de normas (religiosos, morales, jurídico)

- En este caso tratamos a un sistema de normas jurídicas; que penalizan o castigan una vez acaecido el hecho.

-nos permite entender los enunciados normativos y ser comprobados como falsos o verdaderos con respecto a sus propios enunciados.

### CATEGORÍA IMPORTANTE: Diseño

### 3. LENTE DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA: Permite aproximarse y buscar los fundamentos más allá de la norma.

- ★ Contenido meta-normativo o meta-descriptivo (contenidos axiológicos, filosóficos y/o valorativos)
- ★ Es el ámbito de la doctrina.
- ★ Permite el análisis de los fundamentos constitucionales en **por qué debe o no debe**.
- ★ puede reforzar las interpretaciones normativas.

#### RELACIÓN ENTRE LOS PLANOS DEL LENGUAJE

Cualquiera que desee conocer cómo es el régimen político de un Estado, no se conforma con leer su constitución escrita o formal (si es que la tiene); querrá ver qué ocurre en la práctica. Indagar qué contenidos constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica a través de distintas fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia. Es decir, tiene la certeza de que el texto de la CN sólo lo hará conocer normas escritas (plano normativo), pero si quiero saber todo esto voy a tener que irme al plano descriptivo (dimensión sociológica). Finalmente, luego de recabar información desde ambos planos, se reflexionará sobre ella en el plano dialógico (lente de la filosofía política), para enunciar su justicia o injusticia, relacionarlo con valores jurídicos.

#### RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y OTRAS DISCIPLINAS

Toda relación con otra disciplina situada en el mismo orden jurídico va a estar atravesada por los principios de **supremacía y subordinación**.

Respecto a la relación con la Ciencia Política en particular el objeto de estudio de ésta es el poder político, y la CN especifica cómo se estructura el poder del Estado en un orden jurídico. Ahora bien, ¿cuál depende de cuál? El DC no puede desprenderse de la Ciencia Política, porque el objeto de estudio de este último condiciona al del primero (el poder condiciona la CN). La actividad política es ordenadora de una vida social determinada (crea un orden jurídico) que será expresado en la CN.

#### RELACIONES INTERNACIONALES?

#### MITO, TABÚ Y PROHIBICIÓN

Todo orden de normas (y por lo tanto todo orden constitucional) se sostiene sobre las prohibiciones. Por eso es necesario un Estado monopólico, una coacción latente constante. Una forma de ejemplificarlo:

Tenemos un río, donde a cada lado de él existen dos valles. En uno de ellos, de un lado del río, encontramos a una comunidad fértil, con un ambiente paradisíaco, donde no era necesario trabajar (retrato rousseauniano). Del otro lado del río, existía una zona desértica, donde no se vivía bien. Uno de los habitantes de esta última decidió cruzar al otro lado y vio que uno mandaba, que existía una autoridad que lideraba las acciones y, al igual que en Rousseau, y quisieron copiarle (“poner su alambrado”). La comunidad, entonces, elige a Carlitos como autoridad. El nuevo líder hace su primer decreto e indica: “a partir de hoy los días lunes, miércoles y viernes se puede pescar”. Los miembros de la comunidad terminan muy decepcionados. ¿Por qué?

Carlitos no dijo que en otro momento no se podía: sólo indicó los días que sí, por lo que su decreto no generó restricciones a la acción de nadie, y al no hacerlo no modificó nada. Es por esto que Hobbes indica que el orden jurídico se basa en el tabú y la prohibición, para poder introducir la idea de libertad negativa y el liberalismo, a quien él le dio origen.

## CLASES DE CONSTITUCIÓN

<b>FORMAL</b>	Forma externa de la codificación normativa.	
<b>MATERIAL</b>	Vigente y real en la dimensión sociológica del tiempo presente, como modo de estructura y organización de un régimen político.	
<b>ESCRITA</b>	<p>★ <b>Codificada:</b> Un sólo documento reviste carácter constitucional. Se trata de un único cuerpo normativo ordenado en un sistema lógico (pueden ser varios documentos ordenados como uno). Ejemplo: Nuestra CN es codificada a pesar de los tratados internacionales porque cumplen con esto último. Los tratados forman parte de la CN y algunos tienen jerarquía constitucional, a pesar de que están separados del resto de la CN.</p>	<p>★ <b>No codificada:</b> También llamadas dispersas o inorgánicas. Son varios documentos dispersos, sin relación en la producción de unos con otros. Puede ser total o parcialmente no escrita, o totalmente escrita en normas dispersas. Ejemplo: UK, Israel</p>
<b>NO ESCRITA</b>	Existente, pero no fue sistematizada de forma escrita.	
<b>RÍGIDA</b>	Si se modifica por un órgano y/o procedimiento distinto de las demás normas. Hay distintos grados de rigidez y flexibilidad. Argentina (y USA): Nuestra CN es rígida por las dos condiciones (artículo 30). Este artículo distingue entre Poder Constituido (PLN: el que luego declara necesidad) y Poder Constituyente (Convención Constituyente: PL extraordinario).	
<b>FLEXIBLE</b>	No hay distinción entre el Poder Constituido y el Poder Constituyente, por lo que la CN se hace a través del mismo órgano que las demás leyes y mediante los mismos procedimientos. Nuestra CN no se ha flexibilizado por incluir tratados internacionales.	
<b>PETREAS</b>	Cuando además de ser escrita y rígida, se declara irreformable. Puede ser pétrea total o pétrea parcial, puede plantear una sección especial como inmodificable en sí misma o por un tiempo determinado. Ejemplo: CN 1853: establecía un plazo de 10 años en los que permanecería irreformable.	
<b>UTILITARIAS</b>	Describe el funcionamiento del poder, no le importa el régimen en el que éste funcione. No establece el poder, sólo garantías y derechos.	
<b>PRAGMÁTICA</b>	Establece el proyecto de vida para esa sociedad (idea de carta de navegación del país, Alberdi)	
<b>ORIGINARIA</b>	Dictaron la forma en que luego se dictarán las otras constituciones. Ejemplo: FR, USA, URSS	

<b>DERIVADA</b>	Derivan de las originarias
<b>DEFINITIVA</b>	Todas aspiran a serlo.
<b>DE TRANSICIÓN</b>	No aspiran a ser definitivas, por ciertas circunstancias políticas o sociales. Ejemplo, constitución alemana de 1949, cuando luego de la IIGM queda dividida en dos.
<b>OTORGADA</b>	Cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente.
<b>PACTADA</b>	Cuando deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad.
<b>IMPUESTA</b>	Cuando se la supone emanada del Poder Constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo forman en ejercicio del mismo poder.

## LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Según Bidart Campos, la CN argentina de 1853 (también llamada CN histórica o fundacional) es escrita y codificada, por lo que responde a la categoría de CN formal. Surgió en 1853 en un acto constituyente originario, por lo que es nueva y originaria, y con pretensión de ser definitiva. En su origen, tomó el tipo racional-normativo, con la intención de planificar el régimen político del país en el futuro (carta de navegación), hecho que además la vuelve pragmática. Ahora bien, el Constituyente no la elaboró en base a puras abstracciones mentales o un racionalismo apriorístico, sino todo lo contrario: tuvo un sentido realista respecto a la estructura social de su época, considerando cultura, religión, tradición, ideologías, creencias, etc. Es por eso que también tiene características del tipo tradicional-historicista, porque plasmó contenidos que ya estaban enraizados en la comunidad social que la preexistía y que les dio legitimidad. Además, según el autor, implícitamente consolidó contenidos pétreos.

Respecto a esto último, para BC, mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional. Así, podrán ser objeto de modificación y reforma, pero nunca de destrucción o supresión. Entre los contenidos pétreos cita la forma de gobierno republicana y democrática, la forma de Estado federal y la confesionalidad del E.

### FALSO

La CN tiene la capacidad de reformarse tanto de forma parcial como total.

No hay nada en la CN que no pueda reformarse, como manifiesta el artículo 30.

## TIPOLOGÍA CONSTITUCIONAL

### • TIPO RACIONAL-NORMATIVO | RAZÓN-LEY • DISEÑO

Situada en el constitucionalismo clásico y el liberalismo político, a su vez enmarcados en el paradigma positivista (siglo XVIII), responde a la idea de que la razón humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al Estado. Esto es así porque la humanidad y las instituciones van a ir progresando gracias a la razón, desarrollando un modelo racional y político que garantice la emancipación. Esto es válido para todos los

Estados y para todos los tiempos. En este sentido, la CN es una planificación racional, universal, guiada por la razón humana.

Define la CN en términos formales, es decir, como conjunto de normas, fundamentalmente escritas, y reunidas en un cuerpo codificado. La CN es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de subsumir toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas. Por eso profesa la creencia en la fuerza estructurada de la ley; las normas son el principio ordenador del régimen constitucional, y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen. Los efectos de la planificación predeterminada de las normas son la racionalidad, seguridad y estabilidad.

El representante en nuestra historia constitucional fue Alberdi, sobre todo en la obra Bases y Puntos de partida. Aquí brinda el programa que utilizará Urquiza para llamar a una Convención Constituyente, y por eso la CN de 1853-1860 tiene marcadamente una impronta liberal-positivista, con rasgos conservadores por sus raíces españolas.

### ● TIPO HISTORICISTA | TIEMPO-LEY • AMBIENTE

Se opone al racional-normativismo, y plantea que cada CN es producto de la tradición de determinada sociedad, que se prolonga desde el pasado y hasta el presente. Es decir, el fundamento de la CN no está dado por la razón, sino por la costumbre, y la ley se fundamenta en el “corazón” de la gente, en su cultura. Cada comunidad, cada Estado, tiene “su” constitución así surgida y formada. Es un producto histórico y cultural, no se elabora según una razón universal; la CN es algo propio y singular de cada régimen. Por eso descarta la generalidad y racionalidad del tipo racional-normativa, y se queda con lo individual, lo particular, lo concreto. Pone el acento en la legitimidad en el tiempo

Nuestra CN también presenta rasgos historicistas, es decir, particulares de nuestro contexto (por ejemplo, el sesgo liberal de la primera CN, o ciertos elementos de la reforma de 1994).

### ● TIPO SOCIOLÓGICO

Contempla la dimensión sociológica presente. Se enfoca en la CN material como funciona “hoy” en cada sociedad, como derecho con vigencia actual, en el presente, y por eso define a la misma como una suma de los factores reales del poder. Está claramente situada en el plano descriptivo, preguntándose ¿dónde está el poder realmente?

En este sentido, no le preocupa que la vigencia sociológica provenga o no de una línea precedente de la tradición histórica o que sea reciente. A pesar de sus diferencias, el tipo historicista y el sociológico coinciden en cómo consideran la CN: estos la ven como un producto del medio social (como CN material), mientras que el racional-normativismo la concibe en términos formales.

Ejemplo: 1935, negociaciones para el pacto franco-ruso de no agresión ante el progresivo rearme alemán. Pierre Laval, Ministro de Relaciones Exteriores francés, luego de indicar a Stalin la cantidad de divisiones del ejército francés, le solicita que reduzca la represión hacia los católicos ortodoxos, para suavizar el disgusto del Papa ante su régimen. Stalin responde: “¿y cuántas divisiones tiene el Papa?” Riberi usó este ejemplo para mostrar la perspectiva sociológica, tiene que ver con la pregunta de dónde está el poder en términos reales.

### CONSTITUCIÓN, ESTADO Y ORDEN JURÍDICO

Siempre que hay Estado hay orden jurídico (normas que regulen las relaciones entre habitantes) y siempre que hay orden jurídico hay CN. Los dos primeros se subordinan a la última, aunque cabe aclarar que entre estos tres elementos hay una relación de triple implicación:

El **Estado** supone el monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza.

El **orden jurídico** significa que todas las normas nos permiten vivir civilizadamente, emanan de una autoridad legítima porque saber el quien hace la norma permite el acatamiento u obediencia a ella.

La **constitución** tiene solo necesidad de fundamento de justicia, también tiene necesidad de fundamentos políticos

### LO POLÍTICO Y LO JURÍDICO

La CN se fundamenta y cimenta en estos dos aspectos: se auto constituye (a través del Poder Constituyente), pero también se vuelve norma (precompromiso constitucional).

- **LO JURÍDICO:** Tiene que ver con la prohibición, está relacionado a lo facultativo y a la limitación de la acción a partir de la norma. Lo jurídico, por lo tanto, limita la libertad.
- **LO POLÍTICO:** Su ámbito es el del disenso, el de la libertad. Cuanta más libertad, más territorio para la política. Podemos analizar el nivel político que alcanzan los distintos poderes

<b>Poder Legislativo</b>	El más político, y el que tiene mayor libertad
<b>Poder Ejecutivo</b>	Menos político que el PL
<b>Poder Judicial</b>	El menos político de todos, el más restringido.

### LAS DOS SUSTANCIAS DE LA CONSTITUCIÓN

- **PODER | PARTE ORGÁNICA (los 3 poderes):**

Donde no hay poder común la ley no existe (poder como capacidad de imponer voluntad, como posibilidad de elección). La CN es un acto de poder de la voluntad común, es la expresión directa del pueblo. Para que se dé es necesario un Estado que monopolice la fuerza y legitime el poder (recordemos que la norma se hace en base a la prohibición y el tabú, por lo que siempre lo entendemos restrictivamente).

- **LIBERTAD | PARTE DOGMÁTICA (derechos):**

Aquí se entiende en un sentido negativo, como la ausencia de impedimentos externos. Estamos pensando en los derechos, que fortalecen la libertad. En la política se supone siempre un espacio de libertad, de la que luego surge el propio sometimiento a la autoridad (límite). La política, como ámbito de libertad, es todo lo que puedo hacer cuando no hay orden jurídico, ya que las normas restringen lo político.

### **LOS DIENTES Y LA MURALLA**

Los dientes representan al poder, que constantemente invade la libertad. A su vez la libertad se puede presentar como la muralla que intenta resistir y también ganarle a este poder que se impone, defendiendo la libertad individual. Entre las posibilidades, podemos encontrar un régimen donde el poder esté por encima de la libertad, el cual puede tender a la autocracia, o un régimen donde la libertad está muy por encima del poder o lo anula, tendiendo a la anarquía. En nuestra CN, la libertad está por encima del poder, considerando que rige el principio interpretativo *in dubio pro libertate*, por el cual el poder es visto restrictivamente.

## PODER Y LIBERTAD EN ROBERT NOZICK

Es un neocontractualista. A pesar de abogar por un Estado mínimo, no por eso lo hace por uno débil, ya que plantea que si tengo demasiada libertad no hay posibilidad de CN. Demasiada libertad tiene como resultado anarquía, una libertad completa sin poder y sin Estado. En conclusión, el poder es necesario para la sociedad civil, es la única forma de salir del estado de naturaleza.

¿Pero cuál es el límite de la obediencia? Esto viene desde Antígonas, que se pregunta por qué hay que obedecer leyes injustas. Luego del nazismo y la dictadura en Argentina surgió la idea de derecho a resistencia lockeano<sup>1</sup>, y hoy encontramos sociedades en las que se respeta la CN, porque además es la que respeta sus derechos, y son sociedades con cultura de la obediencia.

## LA POLÍTICA Y EL PODER

La política tiene que ver con la libertad y el poder. El poder es la voluntad ejercida sobre un objeto o sujeto. Tiene que ver con un ámbito de libertad suficiente para el autogobierno, el de una comunidad que se manda a sí misma. Por esta libertad y poder, la comunidad decide postrarse ante la ley para no arrodillarse ante nadie (soberanía). Así, el poder político termina por ser el fundamento del orden. Para entenderlo podemos decir que cuando hablamos del poder y lo político, hablamos del “poder grande”. Cuando hablamos del poder y la política, lo estamos relacionando con la libertad. Los “poderes” (PE, PL, PJ), son los que definen la política. En este sentido podemos decir que a más poder, mayor libertad, y por lo tanto mayor politicidad.

## LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y LEGITIMACIÓN

**LEGALIDAD:** Algo es **legal** si la norma que estoy analizando fue hecha por la **autoridad competente** y mediante el **procedimiento adecuado**, es decir, se hace mención al **quién** y el **cómo** de la **definición formal de la constitución**.

Aquí podemos utilizar el **lente normativo**.

**LEGITIMIDAD:** Asociado a una moral o juicio crítico.

Se basa en la aceptación o grado de consentimiento que la sociedad adopta y convalida la norma.

Aquí podemos utilizar el **lente filosófico** en cuanto se centra en el **por qué** y en los fundamentos de la norma.

Algo puede ser legal pero no legítimo, es decir, va por detrás de la legalidad y significa un criterio más allá de la realidad tal cual es y la objetividad, ya que implica **un juicio valorativo**.

---

<sup>1</sup> Locke | Derecho a la resistencia: Derecho natural que se justifica la autoridad ejerce una fuerza injusta e ilegal. Aquí el pueblo adquiere el derecho legítimo de resistir al gobernante, con la fuerza de ser necesario.

Se encuentra en un segundo nivel formal, y se estima según **un juicio crítico-valorativo** sobre la autoridad/poder, por lo que implica una consideración de carácter axiológico. Tiene que ver con una moral crítica, meta legal e incluso meta consensual, en otras palabras, vinculada al deber ser.

Es una palabra frecuentemente asociada a la legitimidad democrática, y esta tiene su propio estándar en cuenta está dominado por una regla constitucional del principio de la mayoría; ya que en ella se supone que todos somos libres e iguales por lo que debe ser acatado lo que decide la mayoría.

Para las corrientes democráticas, la legitimidad se asocia con el consenso. Esta mirada iguala legalidad y legitimidad, ya que considera que no hay poder legítimo que no esté avalado por la mayoría (democracia, soberanía popular). Sin embargo, tal como dijimos, es meta consensual y meta legal, va más allá de la ley y el consenso. Considerarlo de esta manera haría, por ejemplo, que el régimen nazi se pudiera considerar legítimo aunque no lo es, porque estuvo avalado por gran parte del pueblo. En relación a este concepto, podemos hablar de dos tipos de legitimidad:

- Legitimidad de origen

Hace al título de gobernante, y depende del derecho positivo de cada Estado. Tiene que ver con si el acceso y la transmisión del poder se efectuaron mediante las vías o procedimientos establecidos por el Estado. Radica en el título (gobierno de *iure*), sin perjuicio de que el gobernante de *iure* pueda luego incurrir en una ilegitimidad de ejercicio. En una democracia, este acceso legítimo y de *iure* tiene que hacerse por ley y no por la fuerza para obtener legitimación, pero no sólo por eso: el poder es legítimo porque tiene un consenso social que lo avala. Por eso, el gobernante de facto tiene un título o investidura viciados, porque carecen de este tipo de legitimidad<sup>7</sup>. Ejemplos:

- Gobierno de Illia: En su origen era legal pero no legítimo, porque al momento de las elecciones se encontraba proscripto el peronismo. Gran parte de la ciudadanía no tuvo participación en su elección.
- Operación Valquiria (buscaba asesinar a Hitler): Era ilegal, pero para muchos podría ser legítima.
- Proceso de Reorganización Nacional: No fue legal ni legítimo (ni de origen ni de ejercicio)

- Legitimidad de ejercicio

Cuando hablamos de legitimidad en el ejercicio del poder ya obtenido, estamos hablando de un análisis diacrónico, que tiene en cuenta el paso del tiempo. En este sentido, el cordobés Ernesto Garzón Valdés introdujo el concepto de **LEGITIMACIÓN**. La legitimación es un criterio práctico para introducir diacrónicamente el juicio crítico de la legitimidad, para analizar el modo en que se ejerce el poder, y evaluar si éste pudo mantener la legitimidad de origen que obtuvo, u obtenerla luego si no existiera en su origen.

De esta manera, según BC, si el fin de cada Estado es la realización del bien común o de la justicia, la legitimación de ejercicio se da cuando la gestión gubernativa se oriente a tal fin y, viceversa, se pierde cuando se apartan o violan estos fines. Es por esto que tiene en cuenta un consenso permanente, y nos sitúa en el plano de la acción y el efecto. Para BC, la pérdida de legitimación se da en circunstancias de tiranía y totalitarismo, que producen la obturación de la resistencia del pueblo contra el gobernante (art. 36 de la CN garantiza el derecho a resistencia lockeano). Ejemplos:

- Gobierno de De La Rúa: Tiene legalidad y legitimidad de origen, pero pierde legitimación

- Gobierno de Illia: Empieza ilegítimo, pero gana legitimación. Una de las acciones que hizo que esto ocurriera fue permitir al peronismo ganar en la provincia de Buenos Aires.

**LEGITIMACIÓN:** Este concepto nos enseña que hay condiciones de legitimidad que se desfiguran en el tiempo, por lo que debe ser observada diacrónicamente.

Es un vocablo que nos permite indicar el grado de fortalecimiento y debilitamiento del renglón crítico (y democrático) de la legitimidad democrática. Es decir, es la pérdida o ganancia de legitimidad a lo largo del tiempo.

Aquí podemos aplicar el **lente descriptivo**

## ESTADO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

El constitucionalismo clásico ha procurado organizar al Estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre, en otras palabras, a asegurar al hombre frente al Estado. La propia constitución formal se ha definido como una ley de garantías, algo reflejado en las dos grandes partes, ya conocidas, que la componen: en la parte orgánica, esto queda contenido con la declaración de derechos y garantías. En la parte orgánica, por otro lado, por establecer el sistema de división de poderes.

La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente. La idea de seguridad jurídica abarca:

- La seguridad del Estado (interna y exterior)
- La seguridad de las instituciones constitucionales
- La seguridad de las personas y de sus derechos.

El soporte de la seguridad jurídica son las garantías constitucionales
--

## EL DISEÑO Y EL "ETHOS" CONSTITUCIONAL

Sabiendo que las normas, y la CN en sí misma son y han sido desarrolladas en el contexto de relaciones de poder: ¿Se pueden modificar, o hay un ethos (naturaleza díscola) constitucional?

### **PROBLEMAS DE APLICACIÓN**

Muchas veces nos encontramos con que algunas leyes parecen efectivas, pero al momento de ponerse en práctica no llevan al cumplimiento de su propósito, o a veces inclusive se oponen a él. Pero ¿cuánto de ese resultado tiene que ver con el ambiente y cuanto con el diseño?8. Para esto tenemos que distinguir estos elementos:

- **AMBIENTE:** Se trata de las circunstancias, las conductas; en definitiva, las características propias de la sociedad en la que se intenta implementar (el *ethos* de la sociedad). Por ejemplo, más allá de cuánto modifiquemos las normas, si un gobierno autoritario está en el poder, éstas no podrán cambiar su naturaleza autoritaria.

*carácter descriptivo* (es la conducta que desarrolla un hombre a lo largo de su vida → Aristóteles)

Si entiendo al ethos puedo pensar el diseño constitucional dando los incentivos adecuados para realmente lograr cambiar el ethos

Ejemplos:

- CN estadounidense vs. CN argentina: Tienen una estructura muy parecida en sí mismas, pero el contexto era diferente en cada país, por lo que las diferencias en la aplicación de las normas pueden tener que ver con esto.
- Madison: “Qué es el Estado sino el peor reproche de la naturaleza humana”. Esto deviene de que en USA intentaron hacer una CN donde no fuera necesario ser poderoso para llegar al cargo de gobernante de un país, y busca generar mecanismos para que una vez que estos “x” lleguen al poder no puedan excederse.
- **DISEÑO:** Platón, desde el deber ser, decía que un buen diseño trae como consecuencia un buen funcionamiento. En este sentido, a veces una norma falla no por una cuestión el ambiente en el que se implementa, sino porque no ha sido diseñado correctamente en sí misma; tiene puntos ciegos (vacíos legales) o no se construye de forma arquitectónica. Por eso, una ley puede tener un propósito, pero dentro de sí misma tener también una regla que lo contradiga.

#### *carácter normativo*

puede no tener correspondencia en el ethos

¿Qué incentivos desde el diseño puede gestionar para corresponderse con este ethos?

Introducir o inducir ciertos resultados a través de incentivos

En cuanto al DISEÑO; la Constitución no es sólo expresión de tradición y costumbre, sino que los sujetos razonamos y reflexionamos (deliberamos) sobre el texto constitucional. Además que se realiza con la intención de preservar la libertad.

Ejemplos:

- Reforma de 1994: Uno de sus fines era atenuar el presidencialismo. Sin embargo, contaba con un problema de diseño por la creación del cargo de Jefe de Gabinete de Ministros, en teoría para limitar el poder presidencial, pero que terminó siendo su mano derecha.
- Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 99 inc. 33): El PEN no tiene bajo ninguna circunstancia el poder de dictar leyes, pero en excepciones de urgencia puede dictar DNU. Hasta ahora en Argentina, se han contabilizado más de 10 mil decretos; se empieza a gobernar a través de ellos, y por eso se dice que el Congreso es una Escribanía.
- Reforma de Ley del Consejo de la Magistratura: En 2013, Cristina Fernández reforma dicha ley de manera inconstitucional (elección popular de sus miembros: objetivo de “democratización” de la justicia)

### EL PRECOMPROMISO CONSTITUCIONAL Y LAS METÁFORAS DE ULISES ENCADENADO Y LA DEL ANILLO DE GYGES

## ❖ *Mito de Ulises encadenado*

Las normas constitucionales y el criterio constitucional operan de acuerdo a la lógica de Ulises, en particular como aparece en el Canto XII de la Odisea, de Homero. Esto es así porque como veremos, Ulises se adelanta a los hechos, al igual que la CN, cuyo objetivo es idear una norma que evite el peor de los males. ¿Cuál es?

*En la odisea y en la CN, se está pensando y mirando el futuro, y a partir de esto, el mismo poder es quien se ata y se limita, pensando en que de no hacerlo pueden surgir gobernantes totalitarios.*

La Odisea es una continuación de la Ilíada (guerra de Troya). Ulises era uno de los reyes que fue a la guerra, y el más ingenioso, astuto (de hecho él idea el caballo de Troya). En la Odisea, él debía volver a su hogar donde Penélope y su hijo lo esperaban, pero sufre peripecias en el camino que a través de su ingenio va pudiendo sortear.

Una de ellas fue el canto de las sirenas, de cuyo peligro Ulises ya había sido advertido. Por ese motivo el protagonista se adelanta a los hechos, y ordena a sus subordinados que se tapen los oídos durante todo el trayecto. Sin embargo, esto no fue lo único: pidió que, a él, en vez de taparle los oídos lo **ataran al mástil del navío**, para escuchar su canto. Si **bajo el efecto del hechizo pedía que lo desataran**, simplemente **debían atarlo más fuerte**. Gracias a esta estrategia, Ulises fue el único que escuchó su canto y sobrevivió, porque quien sucumbía ante el encanto de sus voces terminaba devorado por ellas.

En este caso, la experiencia del soberano llevó a que conociendo el Tiempo B, él decida atarse en el Tiempo A. La experiencia constitucional ha llevado a que el soberano, el pueblo argentino, haya limitado su poder en el Tiempo A para garantizar éxito en el Tiempo B, por el carácter corrosivo de éste; para no despertar al “dragón dormido”. La forma en que lo ha llevado a cabo es a través de la división de poderes. Sin embargo, hay que tener en cuenta que existen situaciones de emergencia en las que Ulises (y el poder) deberán desatarse, y en estos casos el poder aumenta, avanzando sobre la libertad.

## ❖ *El anillo de Gyges*

En el libro II de La República, Platón relata el mito de Giges. Este era un pastor que servía al rey de Lidia, que contaba con pocos recursos y vivía alejado de la población. Un día, mientras se encontraba en las montañas con su rebaño, se desató una fuerte tormenta. Luego se dio un sismo que abrió una honda grieta. Dentro de ella, Giges encontró un anillo de oro en el cadáver de un ser de talla superior a la humana. El pastor se lo quitó, y cuando se lo puso se dio cuenta de que tenía una propiedad: lo volvía invisible. Con este nuevo poder en sus manos, se dirige por primera vez al castillo y logra cruzar sus puertas. Una vez allí, logra seducir a la reina, y posteriormente con su ayuda asesina al rey para quedarse con su corona.

La metáfora intenta explicar que el poder funciona como el anillo de Giges. Éste puede corromper a quien lo ejerce, tal como ocurrió con el pastor, quien ahora puede conseguir cosas que sin el anillo le hubieran resultado imposibles. El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente,

porque las personas son injustas por naturaleza. No hay restricciones, hay poder absoluto sin consecuencias, sino completa impunidad. Nadie está por encima de mí. Es por esto que la CN funciona como un límite al

anillo, sin por eso quitar libertad (cierto grado de poder) al gobernante, ya que sólo el miedo a ser castigados por ley o la posibilidad de obtener beneficios nos puede hacer actuar de manera justa.

## ❖ *El Precompromiso Constitucional*

Tal como reflejan los mitos, el poder tiene ciertas propiedades que hacen que quien lo detenta corra riesgo de corromperse y volverse negativo para la sociedad. Pero gracias a Ulises, podemos superar el canto de las sirenas. Para eso está la división de poderes, para controlar que esto no ocurra y para garantizar el otro elemento esencial de la CN: los derechos y garantías. Así, se equilibra la puja entre las dos sustancias. A este precompromiso lo aprendimos durante la Modernidad<sup>9</sup>, y se fundamenta en que los hombres podemos aprender de nuestros errores y anticipar efectos negativos que trae el paso del estado de naturaleza a la comunidad política. Así, supimos que el poder debía ser interpretado restrictivamente: *in dubio pro libertad*.

### APARTADO C: LAS CREENCIAS CONSTITUCIONALES

#### EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

##### **PREÁMBULO**

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

##### ● **CONCEPTO Y CONTENIDO**

El concepto del preámbulo indica el titular del poder constituyente; señala la continuidad histórica y político que da nacimiento al Estado Argentino; enuncia los objetivos de la Constitución, manifestando sus valores esenciales y su filiación iusnaturalista; establece el destino, amplio y generoso de la Ley Suprema: formula una peculiar invocación a Dios y dispone la plena juridicidad del texto constitucional.

##### ● **PUNTO DE VISTA FORMAL**

El preámbulo de la Constitución es una declaración formal y solemne que motiva y otorga fundamentos a la Ley Suprema.

**“Nos, los representantes (...) Mandamos, decretamos y establecemos esta constitución para la nación argentina”**

Constituye la expresión del Estado de Derecho en tanto da razón de su origen y fines y liga a los detentadores y a los destinatarios del poder con igual fuerza normativa.

Podemos decir, entonces, que de la misma manera que la CN es formal respecto al orden jurídico, el preámbulo es formal respecto a la Constitución. Es la que le da forma a su propio contenido, la que la dota de sentido,

define lo que la CN es. Por eso lo formal es más importante que lo material, porque hace que algo (la materia) sea lo que es. Así, el Preámbulo determina por lo tanto el contenido de los artículos y va más allá de ellos.

#### *En resumen*

Este contiene las creencias constitucionales → presentan valores y estos se aceptan o se rechazan.

Expresa una cierta cantidad de valores a los que ha adherido la nación argentina

Es **FORMAL** respecto a la **Constitución**

- Expresa como nos dimos ese poder “**Nos lo representantes**” → carácter formal
- “ordenamos, establecemos **esta constitución**” → es lo que nos dicen los artículos (1,2,hasta el 129) → esto representa la forma del preámbulo.

Desde un **punto de vista formal** → da carácter obligatorio y jurídico a la CN.

#### **THOMAS PAINE**

*“Lo que los derechos son a la libertad es lo que la gramática es al lenguaje”*

La gramática permite el lenguaje, le da forma, nos permite entendernos. De la misma manera, la libertad no es tal sin derechos: la CN no es tal sin establecer derechos y garantías (por eso la CN es formal respecto al orden jurídico), y de la misma manera el Preámbulo lo es respecto a la CN.

#### ● **PUNTO DE VISTA FORMAL**

Considera el contenido, siempre desde la idea de la CN, como la carta de navegación del país en términos alberdianos. El contenido del Preámbulo expresa su carácter formal y así convierte en realidad el espíritu de la CN. En este sentido, el Preámbulo indica el titular del poder constituyente; señala la continuidad histórica y política que da nacimiento al Estado Argentino (el proceso político que vio nacer la CN); enuncia los objetivos de la CN; manifiesta sus valores esenciales y su filiación iusnaturalista; establece los destinatarios de la CN; formula una peculiar invocación a Dios y dispone la plena juridicidad del texto constitucional.

El carácter material de la CN revela a su vez su carácter político, porque allí se ven reflejadas ideologías y creencias. Es la prueba contundente de éste por contener la declaración auténtica del pueblo y la decisión política fundamental para el nacimiento de la República<sup>11</sup>.

Luego de esto, ingresamos directamente a su contenido (cada uno de los artículos, del 1 al 129). Por lo tanto:

- **Nos, los representantes; Nos habla de la libertad, y de que, a mayor libertad, mayor territorio para la política**
- **Mandamos, decretamos y establecemos: Nos habla de poder (y del precompromiso)**
- **Esta constitución (los artículos): Contenido**
- 

#### *En resumen*

- tal como indicaba Alberdi es la carta de navegación de un país. Revela el carácter político de la CN
- nos pusimos de acuerdo de tomar la decisión de tener ciertos consenso transitorios para convivir pacíficamente → fundamentos políticos

#### ❖ Sujeto del poder constituyente

- *Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina,*

Aparece el **principio de soberanía popular**: el pueblo es quien detenta el poder, en él reside y es la fuente de legitimación democrática del poder. Aquí, el término pueblo se cubre de significación política, ligado a la democracia del modo en que se la tomó del modelo norteamericano (cuerpo político que, de acuerdo con nuestras instituciones republicanas, forman la soberanía y que ejerce el poder y dirige el gobierno a través de sus representantes), y del liberalismo francés (ligado a la idea de nación, en el sentido de unión y valores propios).

- *reunidos en el Congreso General Constituyente*

Es un Congreso que se crea exclusivamente para dictar una CN, organismo que surge luego de varios años de intentos y luchas, y es donde se da la representación.

- *por voluntad y elección de las provincias que la componen,*

Reconoce la preexistencia histórica de las provincias. Vuelve a reafirmar que el sujeto de poder constituyente es el pueblo “de las provincias”: el pueblo diversificado en distintas unidades políticas que antecedieron al Estado Federal (vuelve a asociarse a la idea de nación y unidad entrañable).

#### ❖ Proceso Político

- *en cumplimiento de pactos preexistentes,*

Fuente instrumental a través de la cual se arribó al acto constituyente. Esto da cuenta de los años de lucha, de cómo la CN se “escribió con sangre”, de las luchas políticas e ideológicas que la configuraron, de la gente que dio la vida por cómo quería que se organizara su país, y por lo tanto cómo querían que fuera su CN. Tiene en cuenta los pactos anteriores que se dieron entre provincias, desde el Pacto del Pilar hasta el Pacto de San José de Flores (fuentes nacionales)

#### ❖ Objetivos

- *con el objeto de*

Resumen un ideal axiológico de los constituyentes, y permiten la concreción situada, en el tiempo y el espacio, de esos valores propios del derecho natural, junto con los valores, ideología y proyecto político que deseaban acordes a ello

1. **constituir la unión nacional**→ (finalizar el conflicto unitario vs federales) Unión indestructible de Estados indestructibles, formar la unidad federativa con las provincias preexistentes.
2. **afianzar la justicia**, La justicia como valor es la promesa cuya realización les compete a todos los poderes del Estado. Es el valor jurídico-político más importante y refleja la raíz naturalista (tipo racional-normativo) de la CN. No refiere sólo a la administración de la justicia, sino que regula el

comportamiento justo de los gobernantes, también afianzar la justicia como el valor que hace al bienestar general, no solo en la administración del poder judicial.

3. **consolidar la paz interior** □ Requiere unión, justicia, orden, bienestar y libertad. Dejar de enfrentarnos entre provincias y encauzar los disensos hacia el consenso.
4. **proveer a la defensa común** □ Defender todo lo que hace el conjunto social (la propia CN, los derechos personales, de las provincias, etc).
5. **promover el bienestar general y** □ Interpretada como bien común (filosofía clásica) (interés general de la comunidad, va más allá de la libertad negativa de constituciones liberales que hacen hincapié en la libertad del individuo, aunque sigue siendo una constitución liberal)
6. **asegurar los beneficios de la libertad** □ Libertad ejercida dentro de un ordenamiento jurídico justo, que debe facilitar su ejercicio para el desarrollo e imponerles, por lo tanto, las limitaciones razonables que demanda el bienestar general.

❖ Destinatarios

- *para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar suelo argentino,*

No piensa sólo en el hoy sino también en el mañana, en la inmigración que esperan ver venir. Pretensión de durar y permanecer en el futuro, con una perspectiva humanista y universal de hospitalidad hacia los extranjeros

❖ Invocación a Dios

- *invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia*

Es la fe en un Dios, único, personal y providencial, que se invoca al momento de dictar la ley de leyes y que convierte, así, en fundamento del origen legal, pero sin sujeción a ninguna iglesia en particular. Algunas interpretaciones suponen que refiere al Dios del culto católico, pero el Preámbulo no lo manifiesta, sino que esto se deduce mirándolo armónicamente con el artículo 2. Sin embargo, lo mismo podría hacerse con el artículo 14 de libertad de culto y libertad religiosa. Asimismo, desde la CN del '53, el presidente de la nación tenía que ser católico, eso se modificó en el '94.

❖ *Parte Formal*

- *ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.*

Indica el valor jurídico del Preámbulo y de la CN, ambas con fuerza normativa (eso indica que los artículos que siguen son legítimos porque lo establecemos nosotros como los representantes). Aquí tenemos la parte formal incluida en la material. ¿Qué mandamos? Art. 1, art. 2..... art. 129. Implica una decisión política, por eso da su fundamento: la decisión política de generar ese orden político constitucional que conocemos como la República Argentina

CARÁCTER FORMAL DE LA CN DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

Tal como propone Bidart Campos, la constitución de un Estado lo constituye, es decir, lo estructura y lo organiza. A partir de ella, dota de justificación política y legitimación formal a todas las otras normas jurídicas, que serán válidas si son acordes a ella. Así, la CN da forma a las normas que regulan nuestra vida (código civil, código penal). La constitución como norma fundamental regula la creación del derecho, es su fundamento último, y es por esto que es formal respecto al mundo jurídico.

Asimismo, es formal respecto a las reglas que ella misma establece, por su naturaleza política. La creación de normas responde a ella, la CN las constituye como normas y no como otra cosa: les da sus características singulares y únicas. Esto implica que hay restricciones interpretativas, que las palabras tienen un sentido y creencias detrás (sin forma no hay sustancia). Por todo esto la CN es la norma que dice cómo se hacen las normas.

### ¿POR QUÉ LA CONSTITUCIÓN TIENE NECESIDAD DE FUNDAMENTOS POLÍTICOS?

La Constitución es un producto político, y tiene la necesidad de tener fundamentos filosóficos y políticos (justificación política) para que goce de legitimidad frente a los sujetos, que mantienen pensamientos plurales y diversos, pero se reconocen como iguales entre sí: se salvan las diferencias políticas de manera ordenada y democrática por vía del juego del voto, en la actividad de la Política (no hay más ganadores ni perdedores sistemáticos). La Constitución, al no deber extrañarse de su deber ser, requiere de un compromiso preconstitucional (lógica de “adelantarse a los hechos”), es decir, un compromiso a respetar la Constitución, para evitar la posibilidad de que ocurran experiencias negativas para la sociedad, utilizando la división de poderes como garantía de las libertades (atar al “poder” con el mismo poder para evitar males futuros).

Lo Político es el poder en sí, preconstitucional y prejurídico, está relacionado a la capacidad de imponerla voluntad sobre otros y pedir la obediencia, en esta instancia el poder está absolutamente libre de regulación: el carácter político, el poder, permite formar una Constitución, en donde se va a crear la Política, creada por los griegos, actividad regulada de ejercicio del poder, donde se deliberan las decisiones que se dan entre sujetos libres y que se reconocen iguales entre sí. La Política tiene que ver con la Libertad (positiva) y el Poder, supone la libertad suficiente para el autogobierno, derivado directamente de una idea rousseauiana (“postrarse ante la ley para no arrodillarse ante nadie”).

El fundamento político de la Constitución es entonces la fuente de legitimidad y consentimiento dado a esta cuando se la crea por el pueblo, el portador de la soberanía. Por lo tanto, la Constitución es un producto del Poder. Sin Poder, sin lo Político, la Constitución no tendría sentido, ella es un instrumento de Poder. Podemos decir que el poder constituido más político es el Legislativo, en donde se desarrolla la Libertad y el Poder en su máximo grado (además de ser el que más competencias tiene). Lo sigue el Poder Ejecutivo, y al final, el Judicial.

---

## UNIDAD 2: FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

### APARTADO A: TEORÍA E HISTORIA CONSTITUCIONAL: DESDE LA POLIS AL ESTADO MODERNO

La importancia de los antiguos al momento de revisar el DC radica en que ellos generaron las bases que luego fueron recurridas por otros posteriormente, para su profundización y análisis. Resulta que los griegos fueron los

primeros en hacerse las grandes preguntas, preguntas que hasta hoy intentamos responder, sobre democracia, igualdad, libertad, etc.

### ARISTÓTELES Y EL CARÁCTER NATURAL DEL PODER

Aristóteles concibe al hombre como un *zoon politikon*, es un animal político por naturaleza. El ateniense era el único animal político, porque era quien participaba en la *polis*. Es decir, sólo el ciudadano era un animal político y como tal tenía la capacidad de participación política, mientras que los demás eran considerados bárbaros. Según Aristóteles, el hombre necesita vivir en comunidad, ya que de no hacerlo no es un hombre, sino que puede ser o una bestia o un dios. Es por esto que la *polis* en sí misma existe por naturaleza, ya que es producto de la deliberación de los atenienses, y el hombre es por naturaleza un ser social. Así, Aristóteles vincula la idea de *telos* (fin) con el *agatón* (bien). Según él, la finalidad de la vida de los SH es la *polis*, el bien de la polis. Por eso debemos desarrollar el bien, inherente a nuestra naturaleza en potencia, que debemos llevarlo al acto. ¿Cómo?

### POLÍTICA

El hombre a través de la palabra ejercía su libertad. Para los antiguos, la libertad era positiva: era libre quien tenía la capacidad de autogobernarse<sup>13</sup>, quien tenía acceso a la elaboración de la ley común, a la participación política. Por eso participando era como se alcanzaba el bien de la polis. Así, la política era considerada un bien práctico: haciendo el bien a través de ella, me acerco a la virtud y me alejo de los vicios. La participación, claramente, no se basaba únicamente en un voto, sino en deliberar: cuando decidimos después de deliberar, es porque deseamos conforme haber deliberado; deliberar forma derechos.

ARISTÓTELES ESCRIBE SOBRE CONSTITUCIONES ATENIENSES, PERO NO HACE UN DESARROLLO CONCEPTUAL DE LAS MISMAS, SINO UNA DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN POLÍTICA

### EDAD MEDIA, PASO A LA MODERNIDAD Y CONSTITUCIONALISMO

En la Edad Media el origen del poder estaba asociado a lo divino, y se estudiaba la relación del hombre con la naturaleza. Las relaciones de mando eran consideradas, por lo tanto, verticales por naturaleza, acompañadas por relatos míticos.

Con la caída del Imperio Romano de Oriente (1453) y la Conquista de América (1492), se da la ruptura definitiva con la Edad Media. En este período se da un cambio de paradigma vinculado a la relocalización del sujeto, y la puja del poder de este contexto va llevando adelante concepciones del poder que antes no existía. Se empieza a tener consciencia del instrumento de la CN, por lo que nacen los primeros hitos constitucionales (ya en la transición con la Edad Contemporánea”).

Este proceso es llevado a cabo principalmente por dos potencias: Inglaterra, por un lado, con un proceso más lento y paulatino, y Francia, por otro, donde se da de golpe (porque a pesar del proceso que se fue gestando detrás, explota). En la Modernidad teníamos un rey como Luis XIV que decía L'État c'est moi (el rey absoluto es el Estado mismo, es el soberano), hasta la decadencia de la monarquía, que estalla en la Revolución Francesa con Luis XVI a la cabeza. Se da un cambio de paradigma en el pensamiento político y un cambio en todo el mundo occidental.

El origen de este cambio tiene estrecha relación con el pensamiento liberal, un movimiento emancipador comprometido con la libertad. De allí podemos decir que

EL CONSTITUCIONALISMO ES HIJO DEL LIBERALISMO, Y ÉSTE ES A SU VEZ CONTRACTUALISTA,

PORQUE TIENE POR FUNDAMENTO EL CONSENTIMIENTO

El constitucionalismo entonces ha realizado un proceso histórico que se refleja en el día de hoy, y fue generando una conciencia cívica particular a lo largo del tiempo (de allí que para comprender la CN haya que usar una mirada arqueológica en el sentido foucaultiano). La CN está en la receta básica de cualquier país que quiera hacer una revolución (es su principal objetivo), por eso se dio en muchos de los procesos independentistas en la historia<sup>14</sup>. Actualmente tiene un alcance global, y es un valor ecuménico en el mundo (aún con sus variaciones).

## EL LIBERALISMO POLÍTICO

### TEORÍAS CONTRACTUALISTAS DESDE HOBBS A KANT

Las teorías contractualistas, por su parte, niegan el gran principio humano aristotélico: el hombre no es social por naturaleza. En la modernidad se rompe con la idea de sociabilidad natural del hombre.

Asimismo, la sociedad no es vista como una agregación de hombres, sino como individuos aislados (sino no habría contratos). Por lo tanto, el fin de la política ya no es el bien de la “sociedad” sino la autoconservación y evitar los males. Más aún, la noción de libertad cambia: aparece la LIBERTAD NEGATIVA, asociada a la ausencia de impedimento externo a la acción individual.

Desde el contractualismo, no puede haber autoridad legítima sin consentimiento. En la autoridad debe estar plasmada verdaderamente nuestra voluntad, que a la vez refleja nuestra libertad. Esto tiene amplia incidencia en lo que se entenderá por CN. Esto es así porque en la modernidad hay un cambio de legitimidad: los primeros constitucionalistas eran autócratas, y con la venida del contractualismo la legitimidad comenzó a regir en base al consentimiento, entre pares e iguales.

### CUADRO

#### REPRESENTANTES DEL CONTRACTUALISMO

##### ❖ THOMAS HOBBS

Fundador del liberalismo desde una versión autoritaria. Según el autor, el hombre es egoísta por naturaleza, es “el lobo del hombre”. En su obra más famosa, El Leviatán, Hobbes habla de un estado de naturaleza (hace una traspolación conceptual llevando a un tiempo y lugar que no ha existido empíricamente) que es pre-social y pre-político. Este estado está constituido por individuos separados y no asociados, y cuya voluntad está guiada por pasiones y deseos.

Dado el carácter pre-social y pre-político del estado de naturaleza, junto con el egoísmo inherente al hombre y el hecho de ser iguales en necesidades, los hombres terminarán compitiendo entre sí por los mismos recursos e

intentarán aniquilarse y sojuzgar entre sí: nace el conflicto. La igualdad entre los hombres es expresada en términos de caos, sin orden ni ley que los atemorice a todos por igual, y que los lleva a un estado de guerra permanente, donde aún la persona con mayor capacidad física tiene miedo, porque las personas se pueden confederar o idear una trampa, por ejemplo.

Sin embargo, la naturaleza misma del hombre, la propia ley de autoconservación, lo guían a querer salir del estado de guerra y buscar la paz, simplemente para sobrevivir. Así, todos orientarán sus acciones a evitar el mal mayor (la propia destrucción). El temor los conduce a asegurar su vida bajo la protección común dada por el Leviatán.

¿Por qué el Leviatán? La mutua transferencia de derechos se da a través de un contrato (expresión voluntaria de abandonar un derecho a una cosa, despojándose a sí mismo de la libertad de impedir a otro que se apropie del derecho a ese algo en cuestión). Este contrato debe ser sancionado por un cuerpo exterior, ajeno a los hombres que lo firman. Por eso crean un cuerpo artificial, el Leviatán (ajeno y superior a cada uno de los individuos), llegando al estado civil.

## **EN HOBBS, EL LEVIATÁN REPRESENTA AL ESTADO MODERNO**

### **CAPÍTULO 13**

Fuera del estado civil hay siempre guerra de cada uno contra todos. En semejante guerra nada es injusto. En esta guerra de todos contra todos, nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu, no existen propiedad ni dominio, ni distinción entre tuyo y mío; sólo pertenece a cada uno lo que pueda tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo. Sin embargo, tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón. Pasiones: temor a la muerte, deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. Por su parte, la razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso.

Donde no hay poder común la ley no existe. Asimismo, donde no hay Estado no hay ley común (este miedo es compartido por todo contractualista). La ley necesita la unicidad del poder, enmarcada en un Estado que requiere que su ejercicio del poder tenga dos características básicas: monopólico (se aplicará a todos), legítimo (será aceptado por el pueblo: consentimiento/consenso), el cual obtiene porque representa su interés.

### **CAPÍTULO 14**

Libertad es que cada hombre pueda usar su poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza; y por consiguiente, hacer todo aquello que su propia razón considere los medios más aptos para lograrlo. Sin embargo, es una idea marginal de libertad: soy libre dentro de un espacio reducido, pero no pueden impedirme que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten. El estado de naturaleza se resolverá por dos leyes naturales: la necesidad del hombre de buscar la paz, y la de contratar para renunciar el derecho a todo y satisfacerse con la misma libertad frente a los demás: salir de la guerra implica restringir

limitar el poder ¿Qué implica renunciar un derecho a cierta cosa? Es despojarse a sí mismo de la libertad de impedir a otro el beneficio del derecho a la cosa en cuestión.

## CAPÍTULO 18

El poder es la autoridad, más allá de su legitimidad: el derecho (la ley) debe ser respetado aunque sea injusto. Hobbes era absolutista y antidemocrático, pero sin embargo liberal. Concebía el poder en el consenso, pero en un consenso construido en el pasaje del estado de naturaleza al estado civil (los derechos no son naturales como en Locke).

### ¿HAY LÍMITE A LA OBEDIENCIA?

Un Estado ha sido instituido, cuando una multitud de hombres establece un convenio entre todos y cada uno de sus miembros, según el cual se le da a un hombre o a una asamblea de hombres, por mayoría, el derecho de personificar a todos, es decir, de representarlos (les fue conferido el poder soberano por consentimiento del pueblo). Cada individuo de esa multitud, tanto el que haya votado a favor, como el que haya votado en contra, autorizará todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres como si fueran

decisiones propias, para vivir pacíficamente y ser protegidos frente a otros hombres. El contrato distinguirá a esa sociedad en relación a otras.

Como el derecho de representar la persona de todos se da solamente por pacto de uno a otro y no del soberano en cada uno de ellos (el soberano está afuera) no puede cortarse. Esto indica que aunque una persona naciera “luego” de firmado el contrato, éste ya se gestó “previamente” y ahora ya no se puede modificar.

#### *Elementos importantes de Hobbes*

Con la aparición del Estado tenemos:

1. Institucionalización del poder político
2. Estado como soberano que hace las leyes (todavía en manos del rey)
3. Dominio de la razón, la seguridad, lo justo
4. Imperio de la ley que garantiza la seguridad física

El autor plantea categorías básicas para entender el DC, como:

- El concepto de representación: secularización del poder
- El concepto de libertad: reflejado en el artículo 19 de la CN (sentido negativo)

### ❖ JOHN LOCKE

Padre del liberalismo moderno. En su caso Locke, aunque también propone un contrato a partir del estado de naturaleza, en ella el hombre era pre-político, pero no pre-social, por lo que en general podía vivir con otros sujetos de forma civilizada (antropología positiva del hombre, no negativa como en Hobbes). Ahora bien ¿para qué vivir de forma civilizada (pasar al estado civil) si el estado de naturaleza en que vivíamos era pacífico? ¿Para qué contratar?

Locke propone otra visión del contrato, cuyo valor radicaba en la necesidad de regular la resolución de conflictos que son inevitables, relacionados a la propiedad. Los hombres contratamos en la creación del Estado porque queremos salvaguardar nuestros bienes. Se podría decir, entonces, que el contrato viene a justificar la existencia del Poder Judicial: la administración de la justicia no puede ser privada, es necesario un juez imparcial que dirima en caso de disputas, sin interferir en las acciones privadas de las personas, interviniendo en caso de conflicto. Esta idea refuerza el concepto de libertad negativa, que debe ser garantizada por el Estado. En nuestra CN esta idea aparece en:

#### ARTÍCULO 19

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

La libertad en Locke es un derecho natural, lo que da lugar al derecho a resistencia lockeano explicado previamente.

#### ❖ JEAN JACQUES ROUSSEAU

La RF es hija de Rousseau, que a la vez impulsó nuestros propios procesos independentistas. Su obra más importante son Los tres discursos, entre los que destacan especialmente el del Origen de las desigualdades y el Contrato social.

A diferencia de Hobbes y Locke, él manifiesta que el estado de naturaleza realmente existió (no es una construcción metodológica). Pero a Rousseau, aunque el estado de naturaleza sea pacífico, también lo asusta, porque tarde o temprano se corrompe. El orden social es necesario, y es un derecho sagrado que se funda en convenciones (no hay derecho natural a la propiedad como diría Locke). Para retratar comienza su historia desde el final, diciendo:

“El hombre nació libre y en todas partes se le encuentra encadenado. Hay quien se cree el amo de los demás, cuando en verdad no deja de ser tan esclavo como ellos (refiere a las clases ilustradas). ¿Cómo ha podido acontecer tal cambio? Lo ignoro. ¿Qué puede legitimarlo?”

Su respuesta: cuando un pueblo está bajo el yugo y obedece la ley de ese yugo actúa bien. Ahora, cuando apenas puede, un pueblo se sacude ese yugo, actúa mucho mejor. No lo hizo antes porque o no tenía derecho a resistir, o no tenía la templanza para poder sacudir ese yugo, o razón para quitárselo.

A partir de Rousseau toman fuerza algunas ideas:

- **SUPREMACÍA:** Se empieza a pensar la CN como una norma fundamental. Repasando, la supremacía es una cualidad de la CN, que es tal por antonomasia (porque ella lo dice). Es decir, no puede haber CN que no sea suprema por su definición formal. Sin embargo, hay otras normas que pueden ser supremas sin ser constitución.

- SOBERANÍA: Soberano es quien no reconoce ningún poder ni autoridad superior a él. Tiene que ver con el poder pero no todo poder es soberano. Ésta se ve en el plano descriptivo (no es soberano el que quiere o merece, sino el que puede; la soberanía se tiene o no se tiene y eso se ve en los hechos). La soberanía es indivisible, inajenable e inalienable. En otras palabras, es soberano quien decide en la excepción y no en la regla.



La idea de soberanía en Rousseau está asociada a la de

### VOLUNTAD GENERAL

La soberanía no implica más que el ejercicio de la voluntad general. Por eso no puede ser enajenada del soberano (colectivo), es decir, del pueblo y su voluntad. Por lo tanto, se puede transmitir la competencia, pero no la voluntad, el poder en sí. El soberano no puede estar representado por nadie más que sí mismo, y no hay Estado sin él (el soberano es el único que puede mantener el orden estatal).

Cabe aclarar que Rousseau distingue entre:

- VOLUNTAD GENERAL: Voluntad del pueblo (siempre inequívoca)
- VOLUNTAD DE TODOS: Suma de las preferencias particulares de los individuos (sí se puede equivocar)

### HITOS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES Y SU SIGNIFICADO

#### ❖ REVOLUCIÓN FRANCESA (1789)

El documento más importante de la revolución fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea General Constituyente en 1789. Esta declaración configura la relación de las dos sustancias de la CN (libertad y poder). Además, inaugura el concepto de CIUDADANO y define ciertos derechos personales y colectivos como universales. Los derechos del hombre son, entonces, universales. válidos en todo momento y ocasión, por ser inherentes a la naturaleza humana.

#### ❖ REVOLUCIÓN NORTEAMERICANA (1776)

Fue la revolución de las 13 colonias norteamericanas ante la metrópolis de Reino Unido. Su detonante fue la presión tributaria excesiva, que alcanzó su punto máximo en el impuesto al té desde UK, o más bien fue su argumento: para los colonos, UK no tenía autoridad para indicarles impuestos, ya que no tenían representación a la hora de tomar esta decisión. A partir de esto y en un acto simbólico, los colonos dan vuelta el cuadro de Jorge III, a lo que este último responde enviando un ejército.

La cuna de la revolución fue Filadelfia, y uno de sus mayores representantes fue Thomas Jefferson. Antes que la RF, éste ya se manifestaba desde la idea de que todos nacemos iguales, y tenemos los mismos derechos inalienables. Estos derechos son anteriores al contrato, y para su cumplimiento fue consentido la existencia de gobierno (derechos a la vida, libertad y persecución de la felicidad). El resultado fue la redacción de la primer constitución escrita en el mundo (1787-1791). El primer esbozo, redactado en 1787 de la mano de James Madison, no tenía la declaración de derechos, por lo que no puede considerarse plenamente CN. Esta omisión resultaba de que los primeros constituyentes entendían que cualquier enunciado sobre un derecho podía ser entendido como una limitación de derechos de otro. Luego de la ratificación de  $\frac{3}{4}$  de los Estados, en 1791 entró

en vigor lo que se conoce como Bill of Rights; las diez primeras enmiendas de la “constitución” estadounidense. Estas limitan el poder del gobierno federal, y garantizan los derechos y libertades esenciales de los norteamericanos. Así, nace la CN norteamericana.

### BILL OF RIGHTS

1. Libertad de culto, de expresión, de prensa, petición y de reunión
2. Derecho a poseer armas
3. Alojamiento de soldados en casa privada en tiempos de paz
4. Interdicción de registros e incautaciones irrazonables, es necesaria una orden de registro para buscar personas o bienes
5. Debido proceso, autoincriminación
6. Derechos del acusado
7. Derecho a juicio ante jurado en casos civiles
8. Fianzas y multas excesivas, castigos crueles e inusuales
9. Derechos no enumerados\*
10. Poderes reservados para los estados o para el pueblo

\*También se indica en ella que la enumeración de derechos en la CN no debe ser interpretada para negar ciertos derechos retenidos por el pueblo. Además, reserva a los Estados o al pueblo todos los poderes no delegados al gobierno federal.

### NOTA: REVOLUCIONES

“NOS, MANDAMOS”: La cosa en sí ahora es cosa para sí. Tomamos conciencia de la libertad, y la CN es una pieza clave que expresa nuestra libertad (Paine: La CN es a la libertad lo que la gramática es al lenguaje). Antes de eso, la CN era asimilable con el monarca mismo o emperador, en un plano descriptivo. Al pasar el tiempo, empieza a aparecer la parte normativa, y se empieza a cuestionar la autoridad. En este sentido, gracias a las revoluciones, se toma conciencia de que es necesario fraccionar el poder, marcar una definición clara entre poder y libertad, y que eso debía quedar escrito (Juez Marshall)

### ❖ LOS PAPELES DEL FEDERALISTA

Son artículos que se redactan en Nueva York para lograr ratificar la CN de USA de 1787. Para entrar en vigencia, esta necesitaba que al menos 9 de los 13 Estados que formaban USA la ratifican. Uno de esos era NY, donde había antifederalistas que obturaban esa posibilidad. Por eso, Madison, Jay y Hammington escribieron artículos para justificar las bondades de la CN de 1787, que plasmaron en el Federalista de forma anónima y sin orden cronológico. Se trata de grandes pensadores que idearon la formación del país, desde las ideas de división de poderes y de representación fundamental (ideas que le dan sentido mismo a la CN). Los papeles se basan en cuatro ideas centrales: republicanism, separación de poderes, gobierno limitado y federalismo.

*El Federalista X | Madison · Republicanismo*

Hace una diferencia entre la democracia directa y la REPÚBLICA EXTENSA. Respecto a la primera, plantea que ésta sólo puede darse en espacios pequeños, ya que para que sea posible todos deben participar de las decisiones. Ante poblaciones pequeñas es más fácil encontrar menos intereses diversos y facciones, y por lo tanto es más fácil llegar a intereses comunes. Pero cuando tenemos gran extensión territorial, como es el caso estadounidense, es mucho más probable que las facciones, que existirán siempre, intenten imponerse frente a los derechos de otros. Esto es, para Madison, algo inevitable, ya que se encuentra en la naturaleza humana.

Según Madison, hay dos maneras (en realidad tan sólo una) de evitar los males del espíritu de facción:

1. SUPRIMIR LAS CAUSAS: Ya sea destruyendo su libertad (lo que es absurdo porque suprimiría la vida política), o dándole a todos las mismas opiniones (imposible, siempre habrá distintas opiniones)
2. ATACAR SUS EFECTOS: Ningún hombre puede ser juez de su propia causa, porque su interés no permitiría la imparcialidad de su decisión y corrompería su integridad.

LAS CAUSAS DEL ESPÍRITU DE FACCIÓN NO PUEDEN ELIMINARSE, Y SÓLO PODEMOS EVITAR EL MAL CONTROLANDO LO MÁS POSIBLE SUS EFECTOS

### ¿CÓMO ATACAR LOS EFECTOS? REPÚBLICA EXTENSA

Desde allí justifica la necesidad del sistema republicano. En ella se delega la facultad de gobierno a un número reducido de ciudadanos, elegidos por el resto, por lo que puede abarcar a un número mayor de ciudadanos y a un territorio más extenso. Los candidatos, al ser votados por una gran número de electores, deben tener bastante cuidado, debido a que el pueblo elegirá libremente a quien tenga mayores méritos. Es un gobierno limitado, que a la vez limita a las facciones porque en los representantes se ven reflejados todos los electores. Ante la gran extensión territorial, y con tantos individuos motivados por su propio interés, hace necesaria la existencia de representantes, y que éstos no tomen decisiones que puedan afectar al pueblo. Es una forma de gobierno que pretende ser limitada. Esto garantiza que una minoría que se opone a los derechos de todos los demás, se verá frustrada por una votación regular. Una facción podrá entorpecer la administración o perturbar a la sociedad, pero nunca podrá ejercer violencia amparado por la CN.

### *El Federalista LI | Madison/Hamilton • División De Poderes*

Este artículo habla de la división de poderes. No piensa en organismos estancos, sino que busca generar pesos y contrapesos, para lograr así el control de los poderes entre ellos. Cada organismo debe tener voluntad propia e independencia, y tiene que tener la menor capacidad de injerencia en los otros organismos.

La mejor manera de lograr esto es dotar a cada poder de los medios constitucionales para resistir las invasiones de los otros. La importancia de una efectiva división de poderes, es que debe lograr que el interés humano no deje de entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Sin embargo, plantea que es imposible brindar a todos los departamentos la misma capacidad de autodefensa. Por eso, en el gobierno republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa, porque el poder reside en el pueblo a través de sus representantes. y a su vez preserva a la sociedad de la posible opresión de sus representantes (Ulises encadenado).

### **Algunas formas de contrapeso**

<b>Poder Legislativo</b>	Constituido por dos cámaras, que comparten la competencia de dictar leyes
<b>Poder Ejecutivo</b>	Puede vetar una ley del Congreso, aunque tan sólo una vez: si el PL insiste a partir de obtener una mayoría para hacerlo, el PEN no podrá vetarla.
<b>Poder Judicial</b>	Control de constitucionalidad. Esto realza la fuerza del PJ, que a pesar de ser el menos político y limitado, tiene esa capacidad de control.

## *El Federalista LXXVII | El Poder Judicial*

Analiza el Departamento Judicial del gobierno propuesto. Dados los problemas de la Confederación entonces, plantea la necesidad de una judicatura federal, y propone algunas consideraciones básicas respecto a ella, considerando:

1. Modo de nombrar los jueces (el mismo que para cualquier funcionario de la Unión en general)
2. Tiempo que durarán en los puestos y las causas para ser removidos de ellos (se establece que conservan su puesto en tanto conserven la buena conducta).
3. La distribución de la autoridad judicial en diferentes tribunales y las relaciones de éstos entre sí

Plantea, también, que la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una CN que busque limitar el poder, por eso tiene el deber de considerar nulo todo acto contrario a la CN. Es por este motivo que la judicatura tiene la potestad para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

En este sentido, la CN es la ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. Esta idea va totalmente en contra de lo que luego afirmaría Charles Hughes, presidente de la Corte Suprema de USA:

“WE LIVE UNDER A CONSTITUTION, BUT THE CONSTITUTION IS WHAT THE JUDGES SAY IT IS”



### **FALSO: LA CONSTITUCIÓN ES LO QUE ES**

Que el PJ tenga la potestad de declarar inconstitucionalidad, no quiere decir que sea superior al PL. La CN es la norma que dice cómo se hacen las normas, ella dice que ella es suprema, por lo que el PJ no puede determinarla: La CN indica que el poder reside en el pueblo, es superior a los poderes del Estado (es incluso mayor a los representantes). Hay que tener en cuenta que el Poder Judicial es el menos político (contra-mayoritario), mientras que el Poder Legislativo el más político, debido a que representa al pueblo.

La CN para ser tal tiene que ser suprema, y el concepto de supremacía indica que sin ella no puede haber control sobre las leyes, me puedo servir de ella pero no contradecirla, siempre será mi carta de navegación. A esto se suma que la CN además necesita fundamentos políticos, y el PJ es el poder menos político. Esta menor politicidad tiene que ver con que el PJ es el que tiene menor legitimidad democrática, ya que sus miembros no fueron elegidos a través de elecciones, y está regido por las normas de la CN, por lo que definitivamente no está por encima de ellas.

## EL NEO-CONTRACTUALISMO CONTEMPORÁNEO: DE RAWLS A HABERMAS

Esta corriente ya no centra su análisis en el proceso histórico que supone el surgimiento de la sociedad. Influidos por el formalismo kantiano, su interés radica en la lógica interna de estos procesos de toma de decisiones y de resolución de conflictos. Aunque usen la herramienta teórica del contrato, no se centran en su contenido, sino en el modo en que se elabora.

Este nuevo constitucionalismo kantiano se considera muchas veces opuesto al original. La influencia de Kant puede verse por ejemplo en la afirmación de Rawls: “las personas son una fuente de exigencias válidas originadas en sí mismas”. Esto indica que desde un punto moral, deontológico, las personas importan no porque puedan beneficiar o dañar a los demás, como diría Hobbes y mirándolas como medios, sino porque son fines en sí mismas. Esta expresión indica una igualdad moral: Todas las personas deben tratarse por igual, y esto deberá garantizarse a través de instituciones justas, no porque eso implique un beneficio mutuo, sino porque es lo que corresponde por tratar a las personas en cuanto a tales.

### JOHN RAWLS

Filósofo político neo-kantiano de los años ‘70, fundador del liberalismo igualitario (rama del liberalismo que propone un Estado activo preocupado por las necesidades sociales, garante de una distribución igualitaria para que cada persona pueda hacer lo que quiera con su vida). En su obra Teoría de la Justicia, vuelve a las teorías contractualistas y las relaciona con la racionalidad económica humana, buscando estudiar cómo es posible una sociedad bien ordenada según el Estado de Bienestar y la democracia. A través de la presentación de un estado de naturaleza donde una persona utiliza un “velo de ignorancia”, intenta proponer un modelo que evite las inequidades extremas. La teoría de Rawls parte del supuesto de que las sociedades pueden tener una concepción de justicia compartida, que pueda ser aceptada por la sociedad civil, y que ordene a la sociedad.

### **ESTRUCTURA BÁSICA DE LA SOCIEDAD**

Éste será su objeto, las instituciones sociales más importantes en un sistema de cooperación (así es como ve a la sociedad, no como individuos aislados). Cuando Rawls habla de instituciones, habla de un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones, derechos y deberes, ciertas acciones como permisibles o prohibidas, y sus premios y sanciones.

Es un sistema público porque es producto de un acuerdo, por lo que implica un reconocimiento recíproco de la aceptación de las pautas de conducta propuestas por estas normas, por eso una sociedad bien ordenada requiere un acuerdo sobre los principios de justicia que se aplican a la estructura básica (instituciones), un principio de justicia compartido. Estos principios son:

**PRIMER PRINCIPIO**→ Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

**SEGUNDO PRINCIPIO**→ Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo que a la vez que:

1. Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos
2. Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos

## **POSICIÓN ORIGINAL Y VELO DE LA IGNORANCIA**

A través de esta idea Rawls transmite que el contrato social permite la deliberación imparcial, por la cual cada persona tiene en cuenta las necesidades de los demás en cuanto seres libres e iguales. Según él, en una sociedad justa los contratantes deben colocarse un velo de ignorancia, que los pueda llevar a una posición original (empezar de cero). El velo coloca a todos en igualdad de condiciones, porque no saber la propia posición en la sociedad, ni capacidades naturales (si soy blanco, negro, rico, pobre, mujer, hombre, discapacitado, etc), que podrían darle ventaja a la hora de negociar. En consecuencia, si le piden a quien tiene el velo decidir sobre qué es lo mejor para él, su decisión terminará siendo la acorde a lo que es mejor para cada cual en términos imparciales. De allí que el modelo rawlsiano sea denominado de justicia como imparcialidad. A fin de decidir tras un velo de ignorancia qué principios fomentarán mi bien, debo ponerme en la piel de cada persona de la sociedad y ver qué fomenta su bien, pues puedo terminar yo siendo una de esas personas. Gracias al velo de ignorancia, el supuesto del auto interés se iguala al supuesto de benevolencia, y terminan por otorgar una igual consideración a cada persona. Esta posición original representa la igualdad entre los seres humanos como personas morales y es a través del contrato, como instrumento, que se determinará nuestro deber natural de justicia.

### **ROBERT NOZICK**

Nozick es un libertario, por lo que defenderá fuertemente una idea de libertad negativa, con todas las implicancias que eso tiene para la estructuración del Estado (termina siendo ideólogo de Reagan).

En su libro Anarquía, Estado y utopía, Nozick plantea que, aunque el Estado es algo “negativo” para la libertad, es necesario porque vivir en anarquía no es posible. Sin embargo, el único Estado que se justifica es uno mínimo o ultra-mínimo (en términos de tamaño; es decir, no es que no debe existir o que deba ser débil, sino que cualquiera que vaya más allá de su función es injustificable). Es que, según Nozick, nadie tiene derecho a intervenir en las decisiones que toma un adulto respecto a lo que quiere hacer de su vida. Nadie está en condiciones de adoptar posiciones paternalistas sobre otros, aún cuando las decisiones de que esté tomando le puedan resultar desfavorables. Si nadie puede meterse en nuestras decisiones, nadie puede decir que los resultados de las decisiones que toma son injustos. Para justificarlo Nozick contesta a Rawls, y desarrolla un método para explicar cómo pequeñas agencias que existirían irían compitiendo y llevando necesariamente a la creación de un Estado.

Frente a las teorías de justicia distributivas que separan metodológicamente el momento de producción y de reparto, él propone la justicia de las pertenencias, según la cual las cosas entran en el mundo ya vinculadas con las personas que tienen derechos sobre ellas (concepción lockeana de los derechos naturales), y plantea que Rawls hace todo lo contrario, y en su teoría parece que los bienes vinieran al mundo por generación espontánea (teoría histórica vs. ahistórica).

### **¿CUÁNDO UNA DISTRIBUCIÓN ES JUSTA? (Justicia retributiva)**

Para desarrollar esta idea propone la teoría de la intitulación (o del justo título para poseer algo, o prohibir algo), y plantea que la justificación de una distribución dada depende del cumplimiento de tres principios:

1. Principio de justa adquisición: Si la forma en que adquirió el bien fue justa, ya sea por la aplicación de su trabajo e él (Locke), o por otros medios legítimos como una herencia o un regalo.
2. Principio de justa transferencia: Las personas hacen con su propiedad lo que quieran, por lo tanto si las transacciones derivan en una distribución no es igualitaria eso no quiere decir que no sea justo
3. Principio de rectificación: Para que los anteriores valgan (por ejemplo, una herencia) ésta tiene que venir de una adquisición justa previa. Nozick es consciente de que históricamente se han dado injusticias en este punto. Las transferencias están viciadas (2) porque la adquisición también lo está (2). Propone una metodología para solucionarlo, pero es imposible de aplicar y es el gran talón de Aquiles de su teoría.

Nozick distingue entre principios de justicia de proceso histórico y de resultado final. Sus principios de intulución son del primer tipo, porque analiza la justicia en la obtención de las pertenencias; en cambio las demás miradas (utilitarismo y Rawls) son del segundo. Entre los principios de justicia históricos que propone, distingue también entre aquellos pautados (llevan consigo una pauta de distribución como el mérito moral, la utilidad social, etc), y los no pautados, como los suyos, que sólo atienden al proceso de adquisición y transferencia que generan libremente los individuos.

## JÜRGEN HABERMAS

Se centra en las “condiciones ideales de diálogo”, es decir, condiciones mínimas necesarias para llegar a un acuerdo. Estas son:

POSTULADO DE NO VIOLENCIA → El proceso de debate deja de ser racional cuando se hace bajo amenaza

POSTULADO DE IGUALDAD → Los que debaten deben tener igual acceso a información útil para el diálogo

POSTULADO DE SERIEDAD → El objetivo del debate ha de ser llegar a un acuerdo

Una sociedad, como conjunto activo de individuos que cooperativamente pretenden mejorar sus condiciones de vida, se constituye e integra en dos dimensiones: como ámbito de integración intersubjetiva o social, y como acción coordinada dirigida a fines.

En contra de la visión reduccionista de la racionalidad, Habermas introduce la noción de una racionalidad comunicativa, como el conjunto de las pretensiones de validez presentes en todo agente que actúa lingüísticamente con vistas a entenderse con otros. Ésta, a diferencia de la racionalidad instrumental, abandona la esfera individual y sitúa el foco de la acción en la cooperación entre los sujetos. Los actores, movidos por la acción comunicativa, no persiguen un fin egoísta sino que aspiran a coordinarse a través de actos de entendimiento, haciendo posible el reconocimiento recíproco como sujetos.

Pero en la modernidad, la razón comunicativa se ha disuelto en mero control tecnológico, y el consenso posible en utilización mutua. Lo que comenzó siendo emancipación se convierte en puro autocontrol del sistema de medios, y en disolución de la libertad personal y de la comunicación interpersonal. Los mecanismos de control de la interacción social han abandonado el ámbito comunicativo. El control social ha sido asumido por una economía monetarizada y una administración pública regida por la racionalidad burocrática, sin otro fin que el mantenimiento mismo del sistema.

Alejándose del modelo republicano y acercándose a los antiguos, considera que la fuente de la legitimidad no es una voluntad general sino más bien su proceso de formación: la deliberación misma. Este proceso deliberativo debe regirse por reglas como la libertad y la igualdad de las partes, y debe estar guiado por el principio del

mejor argumento y la no coacción (el poder nace en la deliberación entre iguales). Por lo tanto, la política moderna no puede reducirse a la lógica del poder, ya que corre el riesgo de una crisis de legitimidad y pérdida de sentido. Por eso, debe incorporar la dimensión normativa proveniente de la sociedad civil.

La sociedad civil es el ámbito donde el poder se constituye comunicativamente y desde él se resiste al poder social del mercado y de la burocracia estatal. Está constituida por asociaciones y organizaciones voluntarias, más o menos espontáneas, que no son ni económicas ni estatales y problematizan los ámbitos de la vida privada y los elevan al espacio de la opinión pública política.

## LA CRÍTICA COMUNITARIA Y REPUBLICANA

### COMUNITARISMO

Entre las principales críticas de las teorías comunitaristas hacia el liberalismo político encontramos:

ANTROPOLOGÍA: Discute la antropología del liberalismo igualitario: nuestra identidad está marcada por nuestra pertenencia a grupos. Defienden una idea de libertad situada.

ESTADO NEUTRAL: Rechazan el supuesto liberal de neutralidad del Estado del liberalismo. El Estado debe ser un Estado activista, comprometido con ciertos planes de vida, y con cierta organización de la vida pública.

SOCIEDAD: En contra de la postura atomista. Esta concepción de la sociedad como individuos aislados implica ignorar que los individuos pueden crecer y autorrealizarse en cierto contexto particular

JUSTICIA: Difieren en cuanto a la concepción de justicia que cada uno tiene: para algunos comunitaristas, el valor mismo de la “justicia” no merece la centralidad que los liberales le asignan. La justicia aparece, simplemente, porque no se permite (o no se favorece) el desarrollo de otras virtudes más espontáneas, más ligadas a valores como la fraternidad o la solidaridad.

### LA IDEA DE COMUNIDAD REEMPLAZA A LA IDEA DE JUSTICIA

Otros consideran que la justicia debería nutrir su contenido a partir de nuestras prácticas comunes. En la versión de la justicia defendida por estos comunitaristas, cada comunidad evalúa sus bienes sociales de manera diferente, y la justicia aparece en la medida en que esas evaluaciones tienen relevancia, y son las que dominan las distribuciones de derechos y de recursos que la sociedad en cuestión lleva a cabo.

### RESPUESTA LIBERAL

Por una parte, para el liberalismo debe resultar absolutamente claro que los individuos se agrupan formal o informalmente, y que tales asociaciones resultan o pueden resultar enormemente relevantes para sus miembros. Por otra, la defensa que hace el liberalismo de la idea de “neutralidad” no debe ser asociada, necesariamente, con programas políticos consistentes en la “inactividad estatal”. El pensamiento liberal igualitario ha demostrado una férrea resistencia frente a ciertas demandas comunitaristas. El liberalismo resulta criticado por defender, en principio, una política de inacción estatal frente a la diversidad cultural distintiva de muchas sociedades modernas: el Estado liberal (según parece) no debe comprometerse o “tomar partido” por ninguna “minoría culturalmente desaventajada”.

## CRÍTICA REPUBLICANA

A diferencia del liberalismo que ve en la política un mal necesario, el republicanismo al igual que la idea democrática concibe al ser humano como un animal político (los republicanos vuelven a los griegos y a la idea de zoón politikón).

Lo central está dado no por las virtudes privadas sino que por las públicas. El ciudadano cliente o consumidor, promovido por el liberalismo, siempre celoso de sus derechos individuales y reacio a reconocer cargas sociales como el pago de impuestos o la participación política, es reemplazado por el ciudadano virtuoso del republicanismo.

La libertad negativa de los liberales es reemplazada por la libertad positiva, republicana o antigua. El ethos republicano o cívico, reclama como ideal al ciudadano activo y virtuoso, valorando la vida dedicada a la participación pública.

### APARTADO B: EL CONSTITUCIONALISMO COMO IDEOLOGÍA

## CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO O PRIMER CONSTITUCIONALISMO

- Se presenta como una ideología que propone la incorporación de constituciones.
- Tiene sus antecedentes en el constitucionalismo inglés, revoluciones norteamericana y francesa, la Ilustración, el Federalista).
- Surge del liberalismo político (esto explica lo siguiente).
- a. **RELACIÓN CON EL ESTADO** → la Constitución se utiliza para limitar y fraccionar el poder, en cuanto prioriza la no intervención del Estado, con la idea de un Estado gendarme (liberal) que asegura principalmente la seguridad, la propiedad privada y la justicia. Esto contextualmente se da debido a que se identificaba el Estado con el monarca.
- b. **OBJETIVO CENTRAL** → es la LIBERTAD visto en términos NEGATIVOS, en cuanto la Constitución debía fortalecer esta libertad.
- c. **DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN** → aseguran e informan la libertad (especialmente las libertades burguesas) como la igualdad formal, la libertad de comercio y libre circulación.

Ejemplo: Artículo 14.

En la modernidad, se genera un proceso expansivo de la riqueza a partir de la expansión del capitalismo y esto consecuentemente del desarrollo del comercio, la navegación y la guerra. Durante este proceso se incrementa el poder de la burguesía y desplaza a los antiguos feudales medievales. Pero en las creencias constitucionales o estructura mental, esa libertad sólo era vistos en términos de libertad para el comercio y la industria, por lo que los pobres no formaban parte de ese proceso expansivo de la riqueza y si no trabajaban era porque no lo deseaban, ya que estos no eran esclavos. Esto genera la aparición de ...

## CONSTITUCIONALISMO SOCIAL O SEGUNDO MOVIMIENTO

A lo largo de la historia del Estado de derecho, agitados movimientos políticos y sociales, han logrado plasmar sus valores, sus ideas, en la letra de muchas constituciones, así como el llamado “constitucionalismo social”.

El constitucionalismo social ha sido tributario no sólo en rigurosidad doctrinaria, sino también en una gran dosis de influencias provocadas por movimientos sociales y experiencias comparadas en gobiernos con alta sensibilidad social. Leyes de Congreso, preceptos y planificadoras directivas de electos gubernamentales más bien intervencionistas, sumados a fallos judiciales, fueron tallando el cuerpo de nuevos derechos. Más aún, a partir de nuevas exigencias de igualdad y justicia social, se fue conformando nuevas exigencias de legitimidad. Finalmente, la organización y lucha de colectivos históricamente vulnerables, con escaso peso electoral, fue permitiendo que se reconozcan también condiciones materiales de positiva igualdad, para quienes antes sólo eran silenciosos desfavorecidos.

- Países de América Latina fueron pioneros en este movimiento.
  - Ejemplos claros pueden ser; la Constitución de Weimar en Alemania, o la Constitución de Querétaro de 1917 en México.
  - Ejemplos en Argentina: Palacios, Yrigoyen, creación de YPF, Peronismo y sus aportes en legislación laboral.
- 
- a. **RELACIÓN CON EL ESTADO**→ hay inicio a una mayor intervención del Estado, que empieza a planificar y regular las relaciones civiles, sociales y laborales en cuanto no bastaba simplemente con la libertad negativa y la igualdad formal → cambio en el paradigma de la actuación del Estado, ahora es interventor o paternalista.
  - b. **OBJETIVO CENTRAL**→ es la IGUALDAD, en cuanto ahora la Constitución apunta a fortalecer la igualdad material.
  - c. **DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN**→ apuntan a fortalecer la igualdad material y no meramente formal.

Ejemplos: Artículo 14 bis que incorpora: derechos individuales de los trabajadores, derechos colectivos de los trabajadores y los derechos a la seguridad social (por ejemplo: jubilación).

## INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

- Los problemas se hacen globales y por lo tanto se comienzan a generar organismos internacionales.
- a. **RELACIÓN CON EL ESTADO** → el Estado a veces opta por intervenir y a veces no.
- b. **OBJETIVO CENTRAL** → la SOLIDARIDAD
- c. **DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN** → apuntan al disfrute y goce de ciertos bienes que sólo pueden serlo de modo colectivo.

Entre cada movimiento constitucional, especialmente, entre el primer y segundo movimiento se presenta una síntesis o amalgama de problemas y respuestas políticos y constitucionales donde nos resulta importante aplicar los lentes politológicos y considerar derechos.

## CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Roberto Gargarella afirma que las Constituciones Latinoamericanas surgieron a partir de un acuerdo entre los conservadores y los liberales. Mientras que los conservadores estuvieron presentes desde los tiempos de la conquista y sus políticas ponían en el medio a la religión, defendían la restauración de los valores que habían sido amenazados por las revoluciones así como también una autoridad gubernativa poderosa, concentrada, centralista. Por otro lado los liberales estaban totalmente en contra de los conservadores y apoyaban un poder más equilibrado políticamente, y más tolerante en términos de moralidad.

La primera mitad del siglo estuvo caracterizada por duros enfrentamientos entre ambas posiciones por lo tanto podrían ser definidas como enemigas. Sin embargo en la segunda mitad del siglo se comenzó a dar un cambio en donde se produjo un acercamiento entre ambas fuerzas, que se tradujo en acuerdos políticos que, en muchos casos, quedaron explícitamente plasmados en pactos de tipo constitucional (Convención Constitucional de Argentina en 1853).

Los liberales y conservadores difieren en muchos puntos como por el ejemplo: el religioso, la concentración del poder en la autoridad, etc. pero también había muchos puntos en los cuales convergían como la defensa de la propiedad y el miedo a la participación de las masas en el sistema de la toma de decisiones.

El resultado de los acuerdos que se dieron entre liberales y conservadores implicó la adopción de un esquema constitucional que supo combinar rasgos valorados por ambos grupos. El producto finalmente adoptado, en una mayoría de países, representó entonces un híbrido: un sistema de tipo liberal, organizado a partir de la idea norteamericana de los “frenos y contrapesos”, pero desbalanceado gracias a una autoridad ejecutiva más poderosa, como la demandada por los sectores conservadores.

### ¿NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO?

Desde hace algunos años, se ha empezado a hablar de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCL), haciendo referencia a una serie de cambios que se han introducido en el constitucionalismo en la región, particularmente a partir de la última oleada de reformas que surgió a finales del siglo XX y principios del XXI (como la Argentina en 1994, también en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia). Pero para Gargarella, lo que se ha logrado no es demasiado innovador, ni producto de particulares destrezas o innovaciones locales. En ese sentido, rechaza la idea de un NC. Según él, lo que hoy tenemos en América Latina, constitucionalmente hablando, es cierta mejora pero sin innovar demasiado sino que, por el contrario, reproduciendo y/o expandiendo algunos de los vicios y virtudes propios de la tradición del constitucionalismo regional.

Esta nueva oleada, en realidad ha dejado textos bastante parecidos, ya que mantienen las ideas sobre organización del poder del siglo XIX (en parte inspirados en el constitucionalismo norteamericano, y en parte en el de la región, más autoritario), y de declaración de derechos del siglo XX (constitucionalismo social). En efecto, luego de más de dos siglos de constitucionalismo regional, conservamos una estructura que concentra la autoridad en el PEN y centraliza el poder territorialmente; seguimos contando con un diseño del Poder Judicial elitista, y con un PL basado en la desconfianza hacia el pueblo, y por lo tanto con una gran distancia entre elegidos y electores. El hiper-presidencialismo latinoamericano se ha afirmado, confirmando las fallas del

sistema de pesos y contrapesos en la región. Seguimos contando hoy con Constituciones, en general, tan hostiles a las mayorías, tan inclinadas a favorecer la autoridad presidencial, y tan basadas en una desconfianza hacia la organización popular, como a mediados de 1800 incluso con gobiernos “progresistas”, porque han reforzado la centralización y concentración del poder).

Sin embargo, para Gargarella, nuestras constituciones tienen “dos almas”: la liberal-conservadora (elitista), y la preocupada por la “cuestión social” abandonada por los padres fundadores, y recuperadas con la llegada del Estado de Bienestar (primer país en incorporarlo, México, 1917). Ahora bien, en estas nuevas oleadas, lo que se hizo fue expandir estos derechos de las clases trabajadoras y grupos menos aventajados de la sociedad, pero sólo esto. Es decir, estos grupos encontraron lugar en la CN, pero sólo en la parte de derechos, y no en la sección de organización, lo que a su vez no permite pensar en mayores ambiciones en derechos (pensar en los dientes y la muralla). Los cambios estructurales que nuestras Constituciones prometen, en materia de derechos, se tornan imposibles si es que no están apoyados por una organización del poder también democratizada. El poder concentrado, lamentablemente, siempre termina obstaculizando la expansión de un poder ciudadano capaz de amenazar o poner en riesgo su autoridad suprema.

---

## UNIDAD 3: ANTECEDENTES HISTÓRICOS ARGENTINOS

### APARTADO A: REVOLUCIÓN DE MAYO

#### REVOLUCIÓN DE MAYO: CAUSAS Y CONSECUENCIAS

##### DEBATE Y PROYECCIÓN DEL CABILDO ABIERTO | 22 DE MAYO 1810

El lunes 14 de mayo, llegó al puerto de Buenos Aires un diario británico que anunciaba la disolución de la Junta Central de Sevilla por la invasión francesa a dicha ciudad, y el traslado a Cádiz de algunos de sus miembros (Consejo de Regencia). Ahora nos encontrábamos frente a una gran potencia extranjera, como era Francia entonces, con ánimos de conquista.

Aquí aparece nuestro primer trauma constitucional: la emergencia. El motivo principal del pronunciamiento era el miedo a una inminente invasión, aunque los ánimos de independencia ya se habían gestado y la emergencia sirvió de excusa. Por este miedo deciden reunirse para defender el territorio “en nombre del rey”, solicitando a Cisneros que convoque un Cabildo Abierto. Es por esto que se podría decir que fue un pronunciamiento y no una revolución. El debate alrededor de este asunto terminó con una votación por la cual se decidió la destitución del virrey Cisneros y la creación de una junta.

Así, en vísperas del pronunciamiento, se da el primer debate político y filosófico, que destacó por sus elementos contractualistas. Las colonias se encontraban acéfalas, ya que si el Rey estaba preso y si la Junta que nombró a Cisneros había caído ¿Todavía se podía pensar que el cargo y autoridad del virrey Cisneros fueran legítimos? ¿Debía continuar en el poder o había que destituirlo? ¿Quién debía tomar esa decisión y cómo debía hacerse? ¿De quién estaba a cargo el proceso político? Surgen 2 discusiones:

## → ¿Quién es el pueblo?

Aparece el segundo trauma constitucional: la representación. Hay cierta relación con la revolución de USA y el “impuesto al té”: no le puedo cobrar impuestos al pueblo si éste no estuvo representado al tomar esa decisión.

- **OBISPO BENITO LUÉ Y RIEGA**

Obispo de Buenos Aires, máxima autoridad eclesiástica local. Proponía que en tanto quedara algún español en territorio americano, en él residirá la soberanía. Creía que nuestras tierras eran de España, porque el Papa así lo había autorizado e instituido. Nadie discute que el poder está en el pueblo, pero este fue dado por Dios, y para Dios el pueblo soberano es el español porque lo dice el Papa, principal representante de Dios en la Tierra.

- **JUAN JOSÉ CASTELLI**

Los pueblos americanos debían asumir la dirección de sus destinos hasta que cesara el impedimento de Fernando VII de regresar al trono. Para justificarlo utiliza un argumento teórico basado en el contractualismo: la retroversión del poder (Francisco Suárez, jesuita): el poder viene de Dios, pero Dios se lo da al pueblo y este luego se lo da al monarca. Si el monarca cae se rompe ese puente y el poder vuelve al pueblo (aunque el término “vuelve” no sería del todo correcto, ya que el pueblo nunca dejó de tener ese poder)

## → ¿Cómo se distribuye el Poder?

Con éste aparece el tercer trauma constitucional, el federalismo.

- **FISCAL VILLOTA | FEDERALISMO**

Buenos Aires no tenía derecho a tomar decisiones unilaterales sobre la legitimidad del Virrey o el Consejo de Regencia, dejando sin participación del debate al resto del territorio del Virreinato. El Cabildo de Buenos Aires sólo representa a Buenos Aires y no al resto de las provincias (argumento de “caridad”). El argumento de Villota es el siguiente: supongamos que Castelli tiene razón, y el poder somos todos nosotros y no el pueblo español, entonces, ¿Por qué elige sólo Buenos Aires?

- **JUAN JOSÉ PASO | CENTRALISMO**

Paso, el principal orador de la revolución, acuerda con Villota pero argumenta que el peligro inminente del contexto internacional demandaba una solución urgente, lo que justificaba la decisión unilateral del Cabildo:

- **Hermana mayor**

Buenos Aires, como “hermana mayor” del resto de las provincias, debía contar con la iniciativa en la toma de decisiones convenientes, bajo la expresa condición de que las demás ciudades serían invitadas a pronunciarse (en la Junta Grande, que terminaría por no funcionar).

- **Gestión de los negocios ajenos**

Toma del derecho civil romano la idea de BA como gestora de negocios de las provincias, lo que evita inconvenientes mayores: tenemos que estar listos para enfrentar cualquier problema, y eso demanda que Buenos Aires actúe en representación de las demás provincias (volver presente al ausente).

## REVOLUCIÓN DE MAYO Y EL CAMINO HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

- 23 DE MAYO

Creación de una Junta, con Cisneros como presidente, 2 españoles y 2 criollos. Esta no es aceptada por el pueblo porque no respeta la votación realizada el día anterior, en la que se había decidido la destitución de Cisneros.

- 24 DE MAYO

La Junta se oficializa, pero mientras tanto se lleva a cabo el Plan Matheu para destituir a Cisneros.

- 25 DE MAYO

Cisneros es obligado a renunciar, y se crea una nueva junta que había “jurado” reservarle esta parte del Virreinato para cuando regresara al poder Fernando VII. La conocida como la Primera Junta estaba compuesta por:

<b>Presidente</b>	Cornelio Saavedra		
<b>Secretarios</b>	Juan José Paso y Mariano Moreno		
<b>Vocales</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>● Manuel Alberti</li><li>● Miguel de Azcuénaga</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>● Manuel Belgrano</li><li>● Juan José Castelli</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>● Juan Larrea</li><li>● Domingo Matheu</li></ul>

El conflicto planteado previamente, marcado por la discusión entre Paso y Villota, será el corazón de los conflictos entre Saavedra y Moreno, luego de convocar a diputados del interior del país para la Junta Grande:

- **MARIANO MORENO | FEDERALISMO**

Quiere llamar a un Congreso Constituyente, como se había acordado. Sería el contrapeso de Saavedra hasta ser asesinado a bordo del *Fame* el 4 de marzo de 1811.

- **CORNELIO SAAVEDRA | CENTRALISMO**

Más conservador, quiere convocar a las elites del interior para diluir el poder de los grupos radicales y hacer de este organismo un gran cuerpo ejecutivo de toma de decisiones, donde con tanta gente sería imposible que estas efectivamente se tomaran, lo que permitiría continuar con la centralización del poder.

## LOS TRAUMAS CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA

Se trata de los grandes problemas originales que surgieron desde el nacimiento de la patria, y que tienen la particularidad de persistir como traumas que nos persiguen aún en la actualidad. Se podría decir que estos son tres:

**1. EMERGENCIA:** En Argentina es lo normal (asociada a la idea de vivir fuera de la ley)

**2. REPRESENTACIÓN:** El problema de la soberanía. ¿Soberanía popular? ¿Quién es el pueblo?

**3. FEDERALISMO:** Centralismo vs. federalismo. La preponderancia de Buenos Aires como quien dirige el proceso político.

### LA ASAMBLEA DEL AÑO 1813: SU LEGADO

Convocada por el Segundo Triunvirato, se inauguró el 31 de enero de 1813, con la esperanza de grandes realizaciones. Sus propósitos manifiestos eran la emancipación y la constitución de un Estado. Esto se resumía sobre todo en tres objetivos concretos: reconocer la soberanía del pueblo, reclamar la independencia de las Provincias Unidas y sancionar una constitución. Así, la Asamblea inició una obra legislativa propia de una nación independiente, logrando:

- |   |   |
|---|---|
| 1. Proclamar soberanía del pueblo y principios republicanos | 6. Eliminar tortura e inquisición         |
| 2. Eliminar toda referencia al rey                          | 7. Libertad de vientres                   |
| 3. Escudo, himno, escarapela, monedas nacionales            | 8. Libertad de culto e imprenta           |
| 4. 25 de mayo como fiesta patria                            | 9. Religión católica como culto de Estado |
| 5. Suprime mayorazgo, encomienda, títulos de nobleza        | 10. Manda a hacer un censo                |

Además, establece un Poder Ejecutivo unipersonal en la figura del Directorio. Sin embargo, los objetivos centrales de la Asamblea no se cumplirían: ni se dictaría una constitución, ni se declarararía la independencia. Esto lleva a un período de anarquía, durante la cual se gestaron luchas durante 40 años, hasta desembocar finalmente en la formación de la República Argentina. Argentina entonces, no nace el 25 de mayo ni el 9 de julio, sino que nace en 1853 junto con nuestra Constitución Nacional.

### PACTOS INTERPROVINCIALES

Los pactos interprovinciales (pactos preexistentes) fueron acuerdos ofensivos-defensivos entre provincias, que secundariamente hacen hincapié en la libre navegación de los ríos u otras cuestiones. Su importancia radica en que son antecedentes de la CN, lo que es afirmado inclusive por el Preámbulo. Manifiestan el deseo de la consolidación y un acuerdo de voluntades, con la intención de dejar de lado las disputas entre las provincias, y denotan el surgimiento de la Nación.

#### Contexto

### **EL FIN DE UN SISTEMA**

Nos encontramos en 1819, con Rondeau asumiendo el gobierno nacional bajo la figura de Director Supremo (antes gobernador de BA). Ahora bien, aunque a esta altura, el proceso emancipador estaba prácticamente terminado, todavía faltaba asegurar la frontera norte de las Provincias Unidas y la libertad de toda América contra eventuales reacciones españolas. Sin embargo, luego de la declaración de independencia esta deja de ser la preocupación principal, y empiezan a tomar fuerza los asuntos internos. El cargo de Director Supremo y el régimen dictatorial que lo acompañaba ya había cumplido su ciclo, y perdido su razón de ser.

En este contexto se reanuda la guerra con Santa Fe, para lo cual Rondeau decide acudir al Ejército de los Andes, acto visto como ilegítimo por gran parte de la población, porque implicaba abandonar la empresa libertadora

(base de la legitimidad de su régimen como dictador) en favor de un “capricho egoísta” de Buenos Aires. Esto desencadena la sublevación del Ejército del Norte en Arequito (Santa Fe), el 8 de enero de 1820. Este fue el factor desencadenante del proceso de liquidación del poder central.

## **LA POLÍTICA DE BUSTOS**

Juan Bautista Bustos decide aprovechar la sublevación del ejército para controlarlo, desconocer la autoridad nacional, volverse sobre su provincia natal (Córdoba) y apoderarse de su gobierno, para así transformarla en un nuevo centro de poder que fuera independiente tanto de la influencia de Buenos Aires como del Litoral (Santa Fe con López, Entre Ríos con Ramírez). Así es como Bustos llega a Córdoba y se hace elegir gobernador, destituyendo a José Javier Díaz de dicho cargo. Luego de esto, invita a todas las provincias a un Congreso Nacional a celebrar en Córdoba, y hace amistades con López.

Más allá de las ambiciones personales de Bustos, la importancia de esta estrategia radica en que estaba destinada a transformar el panorama político argentino. Bustos iba a inaugurar la presencia política activa de las provincias interiores, como entidades con personalidad propia. Cuando se da la sublevación de parte del Ejército de los Andes en San Juan, ésta provincia (siguiendo los ejemplos de Tucumán y Córdoba) se declaró independiente dentro de la nación, asumiendo su soberanía hasta que se reuniese un congreso nacional. Poco después, Mendoza y San Luis seguirían sus pasos, creando ejércitos y legislaturas provinciales.

## **LA BATALLA DE CEPEDA**

Mientras tanto, López y Ramírez, despejado su flanco occidental por la acción de Bustos, deciden avanzar militarmente sobre Buenos Aires. El 1 de febrero de 1820, las fuerzas federales del litoral vencen rápidamente a BA en la Batalla de Cepeda.

Para ese entonces, la autoridad del Director Supremo estaba prácticamente diluida. Es por eso que el 5 de febrero, en vez de dirigirse a éste, López aparece en el Cabildo de BA (quien detentaba la autoridad real), para ofrecerle entre la guerra y la paz, pero agregando algo que sería la clave para la disolución total del Directorio:

*“En vano será que hagan reformas por la administración, que se anuncien constituciones, que se admita un sistema federal: todo es inútil, si no es la obra del pueblo en completa libertad.”*

### **1. Tratado del Pilar 1820** | Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos | De Sarratea, López, Ramírez

Luego de la batalla, con esta victoria decisiva de los federales sobre los unitarios, el Cabildo asume el papel de gobernador de Buenos Aires, e intimó al Congreso y al Director Rondeau a su cese en nombre de la “salud pública”. El deseo del Cabildo se cumple: Rondeau renunció a su cargo, y desaparecen el Directorio del Congreso.

Buenos Aires ya no era el centro del Directorio; era una provincia más. Los meses siguientes en Buenos Aires fueron realmente confusos, tanto que algunos lo califican como “anárquico” (en un lapso de 7 meses, pasaron por 10 gobernadores). El 16 de febrero se llamó a un Cabildo Abierto en el cual se crea una Junta de Representantes, primer cuerpo legislativo de la provincia, que arrebató al Cabildo el poder político y lo reduce a una entidad municipal.

La Junta designa a Sarratea como gobernador interino, con la misión de hacer la paz. En este contexto, Sarratea termina por acceder a firmar el tratado. Firmado en Pilar (Buenos Aires) por Manuel de Sarratea (gobernador de Buenos Aires) y dos gobernadores de la Liga Federal, Estanislao López (Santa Fe) y Francisco Ramírez (Entre Ríos), el 23 de febrero de 1820.

### PUNTOS PRINCIPALES

1. Proclama la unidad nacional bajo un sistema federal (preconizado por Artigas)
2. Crea la base para la reunión de las provincias en San Lorenzo (cada una de las tres enviaría un representante)
3. Establece el fin de la guerra y el retiro de las tropas beligerantes en los territorios implicados.
4. Expresa la preocupación de Entre Ríos y Santa Fe por Buenos Aires, por su resistencia a invasiones extranjeras
5. Los ríos Uruguay y Paraná se declaran navegables únicamente para las provincias amigas.
6. Concedía una amplia amnistía a los desterrados o perseguidos políticos
7. Establece el libre comercio de armas y municiones de guerra de todo tipo en las Provincias federales
8. Los prisioneros de guerra eran libres y podían volver a sus respectivos ejércitos o provincias

#### CLÁUSULA SECRETA

Establece un compromiso secreto que preveía la entrega de armas a López y Ramírez (para combatir a Artigas)

Sarratea es destituido, y asume Manuel Dorrego quien, aunque federal convencido, era un “porteño típico”, que consideraba que sólo si BA era fuerte, podía estar en paz y diálogo con Santa Fe. En ese momento López estaba sólo, ya que Ramírez estaba combatiendo a Artigas para tener el control de la Mesopotamia (gana Ramírez). Para Buenos Aires, ahora era posible vengar Cepeda: se renuevan los enfrentamientos entre ambas provincias. Dorrego podría haber recibido el apoyo de Rosas y del general Martín Rodríguez, pero actúa sólo y pierde. Martín Rodríguez, apoyado por Rosas, Rivadavia y Anchorena, asume el gobierno.

### 2. Pacto de Benegas 1820 | Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba | Rodríguez, López Y Bustos

En este contexto, se renuevan las tratativas de paz con López. Éste aprovecha la debilidad de Buenos Aires, y acepta la mediación de Juan Bautista Bustos, gobernador de Córdoba, para este fin. Al mismo tiempo, cabe considerar que López tenía otro motivo para pensar en la paz: al vencer a Artigas, Ramírez decide llenar su vacío de poder, mientras que su provincia se encontraba todavía sola y fuertemente empobrecida por 5 años de guerras. Buenos Aires era, en este sentido, una alianza esencial.

Los representantes de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba se reunieron el 24 de noviembre en la estancia de Tiburcio Benegas, en la cual se estableció lo que se conoce como la paz perpetua entre ambas provincias. Asimismo, las provincias se comprometen a enviar representantes para la reunión de un Congreso en Córdoba. Sin embargo, el tratado no estipula nada sobre la futura forma del gobierno de la nación.

## PUNTOS PRINCIPALES

1. Paz, armonía y buena correspondencia entre Buenos Aires y Santa Fe.
2. Promover el Congreso Nacional en Córdoba, enviando diputados, para que luego estos decidan el lugar definitivo.
3. Libre comercio de armas entre las provincias
4. Libertad de prisioneros de guerra de manera recíproca
5. Los gobiernos se obligan a remover todo obstáculo para la paz
6. Córdoba se establece, por su carácter de mediadora, como garante del cumplimiento del tratado

### ACUERDO PARALELO

López pretendía que Buenos Aires le reconociera una recompensa monetaria por las pérdidas ocasionadas a su provincia en la guerra, pero Martín Rodríguez no podía comprometerse a pagarla. Finalmente, Juan Manuel de Rosas fue quien accedió a cumplir con esa condición, entregando 25.000 cabezas de ganado. (Finalmente 30.000. El gobierno de Bs. As. pone una cuarta parte, y Rosas pone todo lo demás.

Mientras tanto, aparece un nuevo aliado para Ramírez: José Miguel Carrera (otro vencedor de la Batalla de Cepeda). Éste, buscando abrirse camino a Chile para enfrentarse a O'Higgins, agredió a Bustos. Surge una nueva guerra en la que Carrera vence en Córdoba y San Luis, con la intención de luego pasar por Santa Fe y finalmente reunirse con su aliado entrerriano. Sin embargo, antes que Ramírez y Carrera pudieran unir sus fuerzas, López y Bustos los destrozaron (ambos murieron en el proceso).

Si el Tratado de Benegas modificó sustancialmente las relaciones interprovinciales al hacer de SF aliada de BA, la desaparición de Ramírez y Carrera, consecuencia de aquella alianza, puso fin a la guerra civil, llevando a un período de relativa paz y orden. Así, las provincias pudieron crear instituciones, crear leyes progresistas, mejorar la educación pública y fomentar industrias.

Mientras estas transformaciones operaban, Bustos veía fracasar su más caro proyecto: el Congreso Nacional en Córdoba. Esto se dio porque Buenos Aires trabajó sistemáticamente para evitarlo, porque eso significaba consagrar una organización federal en la que no tendría lugar la hegemonía porteña. Es por eso que, aunque envió sus diputados para salvar las apariencias, se ocupó de desalentar a Santa Fe sobre la utilidad del Congreso y a tejer una nueva alianza.

### 3. Tratado del Cuadrilátero 1822 | Bs. As., Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes

La actitud de Buenos Aires, inspirada por Rivadavia, sellaba la suerte del Congreso, ya que era imposible que se concretara sin el apoyo de la provincia más poderosa. No conforme con eso, Buenos Aires intentaba tejer una alianza interprovincial que permitiera excluir y aislar a Córdoba, y donde el Litoral reapareciera unido, con Buenos Aires a la Cabeza.

Ahora bien, BA tenía, además, otro motivo para pactar. El rey Juan VI de Portugal había logrado la anexión de la Banda Oriental a Brasil. Poco después, partió a Europa y su hijo, el príncipe Pedro, aprovechando su ausencia

declaró la independencia del Imperio del Brasil, y se proclamó emperador. Si el nuevo imperio se consolidaba, era obvio que avanzaría sobre el Paraná o buscaría enfrentarse a Buenos Aires para invadir las Provincias Unidas. Las provincias amenazadas tenían que constituir un bloque lo más sólido posible que desalentara la tentativa expansionista del Imperio de Brasil.

Esto deriva en la celebración de un tratado entre Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes: el Tratado del Cuadrilátero (cuyo nombre deriva de que eran cuatro las provincias firmantes), el 25 de enero de 1822.

### PUNTOS PRINCIPALES

1. Paz firme, verdadera amistad y unión permanente entre las cuatro provincias
2. Alianza ante posible agresión extranjera (de españoles, portugueses o ahora también del nuevo Imperio del Brasil)
3. Defensa mutua en caso de agresiones de otras provincias del territorio
4. Libre comercio de armas entre las provincias
5. Libre navegación de los ríos para las provincias firmantes
6. Retiro de los diputados del “diminuto” congreso de Córdoba (frase de Rivadavia)
7. Cualquiera de ellas podía convocar un congreso cuando lo creyese conveniente

### EL CONGRESO CONSTITUYENTE 1824-1826

Los tres años de paz que siguieron al pacto dejaron clara la conveniencia de restablecer el Estado nacional, pero el problema era cuál sería la forma de dicho Estado. La mayoría de las provincias sostenía el principio de la federación, que mantendría a los gobiernos provinciales al margen de las intromisiones del poder central y permitiría que las provincias gozaran de igualdad de derechos. Ahora bien, en Buenos Aires, nos encontrábamos frente al fenómeno del federalismo porteño. Éste adhería al federalismo, pero sostenía que en la práctica, el peso del mayor poder de BA se haría sentir en la comunidad general. Mientras tanto, los partidarios del centralismo consideraban que esto no era suficiente, porque temían que, perdido el control sobre las administraciones provinciales, una alianza de gobernadores tendría fuerza suficiente para imponerse a BA, no solo política sino también económicamente. Lo importante era defender a la clase propietaria porteña, vinculada al problema aduanero.

En definitiva, para García Belsunce, el federalismo porteño (representado por Rosas) y el unitarismo (representado por Rivadavia), tenían como principal diferencia los medios elegidos para lograr los mismos fines. Era una diferencia entre teóricos y prácticos.

Después del Tratado del Cuadrilátero, BA había restablecido su prestigio como provincia y había asumido la conducción de las relaciones exteriores de las Provincias Unidas. Para Rivadavia, ya en 1823, era momento de preparar la futura organización nacional. Al año siguiente se invita a todas las provincias a enviar sus diputados a un Congreso General, con sede en Buenos Aires, quien tenía como nuevo gobernador a Juan Gregorio de Las Heras.

Inmediatamente el Congreso se dispuso a constituir el Ejecutivo nacional, cada vez más necesario por la creciente tensión con el Imperio del Brasil, que acababa de incorporar la Banda Oriental a su territorio.

- **LEY FUNDAMENTAL 1825**

El Congreso se declaraba constituyente. Además, hasta la sanción de la Constitución las provincias se regirían por sus propias instituciones, y hasta que se eligiese un PEN, estas funciones serían asumidas por el gobierno de BA (Las Heras). En definitiva, se declaraba la convivencia pacífica y las provincias eran autónomas, pero delegaban las relaciones exteriores a Buenos Aires.

**GUERRA CON BRASIL**

Mientras tanto, la situación de las Provincias Unidas respecto a Brasil se complicaba. La única forma de que la Banda Oriental se independizara de Brasil era incorporándose a las Provincias Unidas, pero eso llevaría automáticamente a la guerra, algo a lo que Las Heras se negaba. Sin embargo, éste no tuvo opción: si se negaba a incorporarlas, las presiones belicistas lo iban a destituir y colocar a Rivadavia en su lugar, quien iría a la guerra; por otro lado, si aceptaba, sería Brasil quien declararía la guerra a las PU. Las Heras terminó cediendo ante serias protestas populares, e incorporó a la Banda Oriental. Como respuesta, el Imperio del Brasil declaró la guerra el 10 de diciembre. Al poco tiempo, Las Heras renuncia a su cargo y es sucedido por Rivadavia.

- **LEY DE PRESIDENCIA 1826**

Se elige a Rivadavia presidente. Su nombramiento fue fuertemente criticado porque estaba haciéndose al margen de una Constitución, por lo que se lo consideraba un presidente espurio. Bustos lo denominó “un nombramiento nulo”

- **LEY DE CAPITALIZACIÓN 1826**

Propuesta por Rivadavia a tres días de asumir, separaba la ciudad de BA y sus alrededores del resto de la provincia, constituyéndola como capital de la República. libre de toda subordinación a la autoridad provincial. Con esto, Rivadavia buscaba afirmar el poder nacional a costa de los intereses de todas las provincias, incluida BA (ruptura con Rosas).

**CONSTITUCIÓN DE 1826**

Rivadavia insta al Congreso a declarar una constitución. Aunque había acuerdo en que la forma de gobierno sería una república representativa, no había acuerdo respecto a la forma de Estado. El Congreso consultó a las provincias sobre el tema, aunque la respuesta no fuera vinculante, quedando la decisión final a cargo del Congreso.

Los resultados: 6 de ellas se proclamaron a favor del sistema federal, 4 por la unidad del régimen y 6 remitían la decisión al Congreso. Finalmente, éste último terminó por sancionar una constitución unitaria.

Sin embargo, aunque el régimen unitario ganó en el recinto, no era así en los pueblos interiores. Antes de que se concretara, la reacción federal estaba en marcha y en armas. La constitución unitaria estaba muerta antes de nacer.

## CASI TODAS LAS PROVINCIAS RECHAZAN LA CONSTITUCIÓN Y NO LA RATIFICAN

### LA GUERRA CONTRA EL BRASIL

A pesar de que las PU estaban obteniendo algunas victorias sobre el Imperio, estas no eran suficientes, y no había más apoyo en la región, lo que da lugar al comienzo de las negociaciones de paz. En su primer intento, Rivadavia (a través del Tratado de García) termina por ceder la Banda Oriental a Brasil. Para entonces, Rivadavia ya había perdido toda legitimidad y termina por renunciar.

Vicente López asume provisoriamente el cargo de presidente provisional. Allí reconstituye a la provincia de BA y llama a elecciones, que consagraron a Manuel Dorrego en dicho cargo. Dorrego termina firmando la paz en 1828, pero en ella se determinaba la independencia absoluta de la Banda Oriental. Luego de una revuelta unitaria, Dorrego es fusilado.

El federalismo tiene como nuevo líder a Rosas, quien inicia una acción de guerrillas, apoyado por Estanislao López. Ambos logran, en 1829, vencer a Lavalle (líder de la revuelta unitaria y quien fusiló a Dorrego) y acercarse a la victoria sobre BA. Finalmente, luego de negociaciones entre Lavalle y Rosas y de un proceso electoral fraudulento que queda nulo, se llama nuevamente a elecciones y Rosas es elegido gobernador con facultades extraordinarias (temporales al principio, luego perpetuas).

### 4. Pacto Federal 1831 | Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos

Mientras tanto en Córdoba, el general José María Paz se enfrentaba a Bustos (su antiguo “jefe”) y lo derrocaba. Facundo Quiroga se dirigió a dicha provincia a solucionarlo, pero luego de sucesivas derrotas terminó por rendirse. Con este nuevo poder en sus manos, el general Paz creaba en el interior del país una organización político-militar con bandera unitaria que enfrentaba a las provincias del Litoral, con Córdoba a la cabeza. Esta estaba era la

### LIGA UNITARIA

#### CÓRDOBA, CATAMARCA, SAN LUIS, MENDOZA Y LA RIOJA

Cabe considerar que la bandera unitaria de Paz, en este momento era moderada. Las provincias conservaban a sus gobernadores y legislaturas, y la estructura federativa se mantenía bajo la supervisión del ejército (Paz tenía el Supremo Poder Militar). Lo que sí preveía el pacto era la sanción de una constitución que tenía que ser aceptada una vez sancionada por el Congreso.

Esta moderación hacía ver atractiva la posibilidad de acercarse a Paz para las provincias del Litoral. Córdoba se consolidaba como centro de acción del interior. Esto llevó a Rosas a la necesidad de fortalecer los vínculos con las provincias aliadas, ya que de lo contrario podía quedar aislada. De esta manera, se firma el Pacto Federal.

### PUNTOS PRINCIPALES

1. Se reafirma la paz y amistad entre las provincias de los tratados anteriores \*
2. Obligación de resistir cualquier invasión extranjera o de otra provincia por parte de las firmantes \*
3. Las provincias firmantes conforman una alianza ofensivo-defensiva para defenderse de ataques de otras provincias

4. Ninguna provincia puede celebrar acuerdos bilaterales con otra (externa/interna) sin aprobación de todos los miembros
5. Se pueden celebrar acuerdos con provincias externas al Pacto, pero sólo si no perjudican el interés general
6. Libre entrada y salida de personas o materia prima entre provincias por vías fluviales o terrestres sin impuesto alguno
7. El ingreso de una nueva provincia requería el mismo procedimiento que las originarias, y el consentimiento de estas

#### PUNTO MÁS IMPORTANTE

Se formará una Comisión Representativa de los Gobiernos de las Provincias Litorales, con residencia en Santa Fe, con las facultades de declarar la guerra y celebrar tratados de paz, de disponer medidas militares y de invitar a todas las provincias a unirse en federación con las tres litorales y organizar el país por medio de un Congreso Federativo.

Entretanto, en 1832, la Legislatura no renueva a Rosas sus facultades extraordinarias, y él decide retirarse del gobierno para volver a ser un "héroe" como en Benegas y así ganar prestigio para volver a tomar el gobierno en el futuro con más poder, algo que haría a través de una campaña hacia el sur contra los pueblos originarios para ganar territorio. En 1835 vuelve a ser elegido gobernador en Buenos Aires, y se le renuevan los poderes. En este contexto se forma la Confederación, en la cual las provincias del Pacto Federal y la gran mayoría de las demás (que fueron adhiriéndose al mismo) formaban una confederación de estados soberanos que delegaban las relaciones exteriores y otras tareas a Juan Manuel de Rosas.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que Rosas había sido elegido por dos razones, y ninguna de ellas se había cumplido:

- Establecer la paz: Algo que no logró ni a nivel interno ni a nivel externo
- Asegurar el régimen federal argentino: Su federalismo no convenció a muchos de sus contemporáneos. Rosas ya no era garantía del desarrollo e independencia de las provincias. Ciertos federales auténticos y amantes de sus provincias como Avellaneda o Peñaloza se alzaron en su contra, o incluso hombres de su órbita estaban desilusionados (Urquiza)

Urquiza comienza a tomar algunas medidas sin consultar a Rosas, volviéndose la principal preocupación del dictador. Mientras tanto, Rosas decide ir a la guerra con Brasil, contando con Urquiza y Oribe a la cabeza de sus tropas. Pero Urquiza tiene otro plan: ya dominando Corrientes y Entre Ríos, se alía con Brasil y el gobernador de Montevideo para derribar a Oribe. Cuando se da esta alianza, Rosas le declara la guerra a Brasil. En ese momento, Urquiza invade Uruguay y derrota a Oribe, sin resistencia de este último. Se firma una nueva alianza que incluye a Uruguay para derribar a Rosas, y brindar a Urquiza el mando supremo de la Confederación. Finalmente, el 2 de febrero de 1852, Rosas es derrotado en la Batalla de Caseros.

### 5. Pacto de San Nicolás de los Arroyos 1852 | 13 provincias

BATALLA DE CASEROS | 2 FEBRERO 1852

## ANTECEDENTE | PROTOCOLO DE PALERMO

Luego de la victoria, que deja a Urquiza a cargo de la Confederación, las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes y Entre Ríos firman el Protocolo de Palermo, por el cual convocan a un Congreso en San Nicolás de los Arroyos para reglar las bases de la organización nacional y sanción de una CN. A la hora de pensar en cómo llegar a la organización del país, había dos posturas:

- Tesis urquicista: Llegar a la legalidad a través de la personalización del poder, es decir, que las masas pasaran del respeto al organizador al respeto a la organización. Para Belsunce, Urquiza es una “bisagra” entre dos tiempos políticos.
- Tesis liberal: Partiendo de la admiración por la ley, y no de la persona, se llegaría a institucionalizar el poder

En este contexto es como se llega a San Nicolás, en noviembre de ese año. Era esencial para Urquiza dar a su poder de facto una base jurídica, para lo cual necesitaba el apoyo de las autoridades ya constituidas, es decir, los gobernadores de las provincias. Para lograr la adhesión porteña, había eliminado de la discusión temas como la nacionalización de la aduana y la federalización de la ciudad de Buenos Aires como capital de la República. Así, el 31 de mayo de 1853 se firmó el Acuerdo.

### PUNTOS PRINCIPALES

1. Se declara al Pacto Federal como ley fundamental.
2. Se organizará el país bajo un sistema federal
3. Libre comercio entre las provincias
4. Se llamará a un Congreso Constituyente en Santa Fe, con dos diputados por provincia (criterio de igualdad)
5. Los Diputados deben comprometerse a poner el interés nacional por encima de los intereses provinciales
6. Urquiza es declarado Director Provisorio de la Confederación Argentina

Debía velar por el cumplimiento del Pacto, conducir las RREE, percibir y distribuir las rentas nacionales, reglamentar la navegación de los ríos, comandar las fuerzas militares (tropas provinciales pasan a ser ejército nacional)

### ARTÍCULO ADICIONAL

Invita a las provincias que no firmaron el Acuerdo a adherirse, por invitación del Director Provisorio

Aunque decía tomar como ley fundamental el Pacto Federal, las facultades brindadas a Urquiza sobrepasaban los límites del pacto. Urquiza tenía demasiado poder (con una sombra de Rosas muy cerca) y encima era entrerriano, lo que ponía en riesgo la hegemonía de Buenos Aires. En ese entonces en la Confederación se habían conformado tres grupos:

- Urquicistas o federales: Apoyan el acuerdo de San Nicolás y la unión lisa y llana de BA a la Confederación

- Aislacionistas: Sostenían las libertades de BA a toda costa (luego segregacionistas), no buscan la organización nacional
- Nacionalistas: Partidarios de la organización nacional, adeptos al sistema federal. Proclamaban que BA debía ser la cabeza e inspiración de dicha organización federal (Mitre, Sarmiento, V. Sársfield)

Estos dos últimos, luego de un intento fallido de unirse en su rechazo común a Urquiza a través del Partido Liberal, terminan por separarse en el Partido Autonomista (Alsina) y el Partido Nacional (Mitre).

La Legislatura de BA debatió en las Jornadas de Junio la aceptación o rechazo del acuerdo, ganando la segunda opción, a lo que Urquiza responde disolviendo la Legislatura. En septiembre, mientras Urquiza se retira a Santa Fe para preparar el Constituyente, se sublevan miembros del Ejército Nacional y restituyen la Legislatura. Entre los nacionalistas y los aislacionistas, ganan los segundos: se desochoa al Constituyente porque su base (San Nicolás), no había contado con la aceptación de BA. Se retiran los diputados, y BA retira de la Confederación. La CN se sanciona sin la participación de BA.

## 6. Pacto de San José de Flores 1859 | Bs As, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes

### BATALLA DE CEPEDA | 23 OCTUBRE 1859

Urquiza intentó debilitar a BA sin usar la fuerza militar sino la económica, pero sin éxito. La incorporación de BA era necesaria: la situación económica de la Confederación era cada vez peor, mientras que BA prosperaba. Finalmente, la Confederación (dirigida por Urquiza) y BA (dirigida por Mitre) terminan por enfrentarse bélicamente en Cepeda, donde Mitre es derrotado. Así, en noviembre de ese año, se firma el Pacto de Unión Nacional, por medio del cual

#### Artículo 1

*Buenos Aires se declara parte integrante de la Confederación Argentina y verificará su incorporación con la aceptación y jura solemne de la Constitución Argentina*

A cambio, Buenos Aires quedaba autorizada a convocar una Asamblea Provincial que examinaría la Constitución vigente de 1853

#### Artículo 2

Dentro de veinte días de haberse firmado el presente Convenio, se convocará una Convención que examinará la Constitución de Mayo de 1853, vigente en las demás Provincias Argentinas

### OTROS PUNTOS IMPORTANTES

1. En el caso de que la Convención provincial (BA) manifieste que hay que hacer reformas, éstas deben comunicarse al Gobierno Nacional, para que las presente al Congreso Federal Legislativo, y que éste llame a una Convención ad hoc
2. Todas las propiedades públicas de la provincia siguen perteneciendo a ésta, y gobernadas por sus autoridades
3. Se establece una excepción del artículo anterior: La aduana pertenece a la nación (la CN así lo establece | art. 9)

### ANTECEDENTES E INFLUENCIAS

Alberdi, influenciado por la ideología del progreso indefinido proveniente de las ideas europeas, el constitucionalismo clásico y el racional-normativismo, pensó a la Constitución como carta de navegación de la república, que indicaría por qué puertos había que pasar para alcanzar la República deseada. La obra en la que deja planteados estos argumentos es Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina (1852), y fue uno de las bases teóricas más importantes de la CN de 1853.

En su obra, Alberdi distingue entre la República posible (en ella la Constitución mejora al poder para mejorar la sociedad) y la República deseable/verdadera (en donde la sociedad tiene la posibilidad de cambiar al poder). Sus nombres indican qué camino esperaba Alberdi que se tomara: el de la República posible, una en la que hay respeto por la división de poderes pero con un Poder Ejecutivo fuerte. A partir de esto, valiéndose del derecho comparado, analizó las distintas constituciones de América Latina, y a desde allí sentó el punto de partida necesario, rescatando lo mejor de cada una.

Éste se basaba en dos pilares:

- **INMIGRACIÓN LIBRE**

Respaldada por la libertad de culto y educación. Se esperaba que vinieran europeos nórdicos y trajeran su cultura

- **PROGRESO ECONÓMICO**

Respaldado en el derecho de propiedad, trabajo e industria, y un sistema de libre comercio. Era necesario construir caminos de hierro (ferrocarril) y desarrollar la industria

En primer lugar, Alberdi se refiere a nuestro territorio como un "desierto" que realmente no existe como tal, sólo que lo caracteriza de esa manera porque para él las personas "capaces", aquellas que pueden llevar al país adelante, son pocas. Tampoco hay suficientes inmigrantes (europeos) que puedan ayudar a la prosperidad económica; por el contrario, los indígenas, los gauchos, no son útiles, son incapaces de impulsar un verdadero desarrollo industrial. En este sentido, la apertura económica también era importante, pero no tuvo en cuenta que eso genera desigualdad entre países (los extremos son siempre peligrosos).

### FORMA DE ESTADO

Por otro lado, el autor analiza cuál es la forma de Estado adecuada, unitaria o federal. Para llegar a la respuesta analiza los antecedentes unitarios y federales de la historia Argentina, concluyendo en que ningún Congreso Constituyente podrá hacerlos desaparecer de un momento para el otro, sino que deberá tomarlos como base. Por este motivo propone un sistema mixto, que logre combinar ambas tendencias. A su vez, nuestro federalismo debía ser distinto del norteamericano, con cierto

grado de centralización, porque nuestro Estado Federal había surgido como desmembración de un Estado unitario como lo era el Virreinato, a diferencia de Estados Unidos donde el Estado Federal tuvo como origen una primitiva confederación de estados (un federalismo norteamericano con "engaños", con una fuerte centralización y un Poder Ejecutivo muy fuerte, hiperpresidencialista).

En relación a esto se destaca un punto muy importante en su pensamiento: la CN es expresión histórica, y es esencial que los constituyentes lo tengan en cuenta a la hora de elaborarla. Las CN de cada país deben basarse en su propia historia. Un “trasplante” de otras CN a la nuestra sería inaplicable en nuestro contexto (problema del diseño y ambiente).

## **RUPTURA CON SARMIENTO Y EL CONSTITUCIONALISMO FUSIÓN**

Sarmiento (primer constitucionalista y primero en enseñar sobre Derecho Constitucional) se enfrenta a Alberdi

¿QUÉ HACEMOS CON EL PASADO?

- **SARMIENTO**

Era de ascendencia española, no quería saber nada con los españoles, a quienes también había conocido en sus viajes a Europa y había comparado con USA, que sí le había gustado. De una idea más progresista, quería romper completamente con el pasado. Quiere dar derechos y garantías a todos, y en cada punto del país (no sólo en BA)

- **ALBERDI**

Postura de mayor encuentro, con algunos aspectos progresistas pero también conservadores e historicistas

EL CONSTITUCIONALISMO FUSIÓN

### 1. Derechos Religiosos

La preponderancia que tiene la religión católica en nuestra constitución, corregida en parte en 1994, tiene un sesgo historicista, conservador. No adhiere a ninguna religión pero a la vez sostiene a la Iglesia Católica, lo que no se contradice con el artículo 14, que establece la libertad de culto para inmigrantes, justamente porque adhieren a otra diversidad de religiones (sobre todo angloparlantes, protestantes), y porque era necesario que se sintieran incluidos.

#### **ARTÍCULO 14**

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (...): profesar libremente su culto (...).

### 2. Pragmatismo alberdiano respecto al federalismo

En el artículo 1, la CN expresa que la nación argentina adopta la forma de gobierno y de Estado representativa, republicana y federal, pero la frase “Dios está en todas partes pero atiende en Buenos Aires” también se refleja en nuestra CN, como en el artículo 75, sobre las atribuciones del Congreso.

#### **ARTÍCULO 75 • INCISO 12**

(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 (...).

Es decir, es atribución del Congreso, normas de fondo (códigos civil, penal, comercial) sin ir en contra de las autonomías locales. Pero a diferencia de Estados Unidos, donde cada estado dicta su ley de fondo, mientras que en Argentina tenemos un único código que rige en todo el país y es dictado por el Congreso.

### 3. Poder Ejecutivo distinto al Norteamericano

En este sentido tenemos una combinación de la constitución de USA, al haber tomado la misma idea base de división de poderes, pero al mismo tiempo con medidas que asumen el caudillaje, el modelo patriarcal colonial (que deriva en un hiperpresidencialismo). Quienes tomarían el poder serían las elites políticas que a su vez eran los caudillos que dominaban las provincias, con prosapia y generalmente conservadores. Estas élites crean CN antes que en Europa, van “haciendo el país” desde mucho antes (Ejemplo: CN de Córdoba de Juan Bautista Bustos en 1821).

### 4. Libertad Imperfecta

Esta CN tiene muchos sesgos liberales, algo reflejado en su constante intento por atraer inmigrantes al país durante su surgimiento. El problema o la inconsistencia se da cuando la CN otorga así las libertades civiles para los inmigrantes, pero las libertades políticas no llegarán hasta la asunción del radicalismo.

---

## APARTADO D: BREVE RESEÑA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y SU IMPORTANCIA

La Constitución que rige actualmente a la República Argentina, fue aprobada por una asamblea constituyente en la Ciudad de Santa Fe 1853. Esta ha sido reformada 7 veces (la última en 1994), por lo tanto, nuestra CN es la de 1853 y todas sus reformas.

### CONSTITUCIÓN DE 1853

Su propósito fue poner fin al ciclo de las guerras civiles y sentar las bases de la organización nacional, objetivos que tardaron unas décadas más en cumplirse. Hubo varios intentos (en 1819 y 1826) que fueron truncados por diversos motivos.

Luego de la caída de Rosas, las provincias integrantes de la Confederación Argentina, lideradas por Urquiza, firmaron el Acuerdo de San Nicolás, por el que convocaron a un Congreso Constituyente (sin BA). Finalmente la CN fue aprobada el 1 de mayo de 1853 en Santa Fe. Esta CN, obviamente, regía para la Confederación y no para BA. Los constituyentes tuvieron tres fuentes principales:

1. Constituciones anteriores (principalmente la de USA)
2. Documentos de la Revolución Francesa
3. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, de Alberdi

## COMPOSICIÓN

- PREÁMBULO

- Adoptó la fórmula inicial del famoso "we, the people" de la CN de estadounidense, pero modificada como "nos, los representantes del pueblo" para subrayar la naturaleza representativa del sistema adoptado.
- Declara que la constitución es "para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", lo que da cuenta del sesgo liberal de la CN de 1853

## ● PARTE DOGMÁTICA

Incluye los derechos y garantías, y fue redactada en 31 artículos. Tratándose de una CN liberal, proveniente del constitucionalismo clásico, contiene los derechos de primera generación. Adicionalmente, contiene normas específicas más allá de los derechos civiles y políticos, como la igualdad de derechos civiles para ciudadanos y extranjeros (artículo 20), el fomento de la inmigración europea (artículo 25), entre otros.

## ● PARTE ORGÁNICA

Regula la organización de los tres poderes federales (PE, PL, PJ) y los gobiernos provinciales, según la forma representativa, republicana y federal (con un federalismo atenuado). Estableció:

- Un PE fuerte, con facultades para la intervención en las provincias, declarar estado de sitio, designar jueces.
- Un PL bicameral con facultades para sancionar los códigos principales
- Un PJ organizado sobre la base del juicio por jurados, pero nunca fue cumplido

Respecto al sistema electoral, no establecía el sufragio secreto ni universal, y prohibía el sufragio femenino

## ❖ REFORMA DE 1860

### CONTEXTO

Luego de la Batalla de Cepeda en 1859, Urquiza vence a Mitre, lo que lleva a la firma del Pacto de San José de Flores, por el cual Buenos Aires se incorpora a la Confederación. A partir de esto, se crea una Convención Constituyente específicamente de Buenos Aires, que pide hacer enmiendas a la CN de 1853 como condición para incorporarse (aunque no se podía). En septiembre de 1860 se convoca una Convención Nacional para recepcionar las modificaciones de la Convención de BA.

### PRINCIPALES REFORMAS

#### 1. ARTÍCULO 3 | CUESTIÓN CAPITAL

La CN de 1853 establecía que la capital de la República era Buenos Aires, pero eso finalmente no fue posible porque BA no formaba parte de la Confederación (hasta el día de hoy no menciona dónde está la capital).

El artículo establece que las autoridades nacionales residirán en la capital, la cual para su elección requiere consenso, y una vez elegida esta se federaliza. Lo que ocurre entonces es la federalización de la ciudad de Buenos Aires, para lo que era necesario ceder el territorio. Con este artículo sabemos también, entonces, que en caso de querer modificar la capital del país no es necesaria una reforma constitucional, sino que se realiza por ley (consenso).

## 2. ARTÍCULO 5 | AUTONOMÍA DE LAS PROVINCIAS A FIN DE REVISAR LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

En un intento de reafirmar el carácter federal de la CN, se establece la no supremacía del Congreso ante el control de las Constituciones Provinciales. Antes, el Congreso revisaba las constituciones provinciales, en una especie de control de constitucionalidad político. Ahora eso se elimina. Los requisitos que establece la CN: asegurar la administración de la justicia, su régimen municipal y la educación primaria.

## 3. ARTÍCULO 6 | AFIRMACIÓN DEL PODER DEL GOBIERNO FEDERAL DE ACUDIR A LA DEFENSA DE LAS PROVINCIAS

Estamos hablando de la capacidad de intervención nacional ante conflictos provinciales como ataques armados, revoluciones internas, crisis gubernamentales, etc. En esta reforma, se modifica el procedimiento y las causales de intervención, planteando que puede efectuarlo para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, siempre que las autoridades constituidas lo requiriesen, o para reestablecerlas si hubieran sido depuestas.

## 4. ARTÍCULO 12 | IGUALDAD DE DERECHOS DE IMPORTACIÓN

Se hace clara la idea de igualdad de las provincias, y el no liderazgo de BA en los derechos de importación y exportación de bienes. Se suprimen las preferencias entre distintos puertos, para igualar el de BA a los puertos interiores del país.

## 5. ARTÍCULO 15 | REAFIRMACIÓN DE LA ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD

Se reafirma aunque ya no existía, y se plantea que es un crimen. Además, todo esclavo que de alguna forma se introdujera al país queda libre por el sólo hecho de pisar territorio argentino.

## 6. ARTÍCULO 16 | IGUALDAD (FORMAL) ANTE LA LEY

Se establece que no hay prerrogativas de sangre ni de nacimiento, fueros personales o títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

## 7. ARTÍCULO 18 | GARANTÍAS PROCESALES Y ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

Nadie puede ser penado sin juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Queda abolida la pena de muerte por causas políticas, y toda especie de tormento y azotes. Además, las cárceles de la nación deben ser sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos.

## 8. ARTÍCULOS 30 Y 31 | REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

## 9. ARTÍCULO 32 | LIBERTAD DE IMPRENTA

## 10. ARTÍCULO 33 | DERECHOS NO ENUMERADOS

Plantea que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la CN, no implican la negación de otros derechos y garantías no enumerados, porque todos devienen de la voluntad del pueblo.

## 11. ARTÍCULO 34 | PROHIBICIÓN DE LA ACTUACIÓN DE JUECES DE LA CAPITAL NACIONAL EN LAS PROVINCIAS

Además, tampoco será necesario llamar a convención para modificar su número

## 12. ARTÍCULO 35 | DENOMINACIONES DEL TERRITORIO NACIONAL

Deja asentadas todas las denominaciones que ha recibido desde 1810 y se consideran válidas, por un deseo de integración del territorio Nacional y un nombre propio ante el resto del mundo

## 13. ARTÍCULO 38 (46) | CANTIDAD DE DIPUTADOS POR PROVINCIA

Modificación del entonces artículo 38, suprimiendo la cantidad de 6 diputados por la capital del país para pertenecer a la Cámara de Diputados, elevándose ahora a 12, pero no ya para la capital sino para la provincia de BA. Se le da a BA un alto número de representantes, hecho que influiría en las futuras decisiones políticas del país.

## 14. ARTÍCULO 40 | REQUISITOS PARA SER DIPUTADO

Además, se hace obligatoria la naturalidad del diputado (también aplica a senadores), o bien el haber habitado en la provincia al menos 2 años. Ahora, los candidatos bonaerenses no pueden postularse para cargos de otras provincias.

## 15. ARTÍCULO 83 inc 22 (99.19) | AFIRMACIÓN DEL PODER EJECUTIVO FUERTE

El PEN puede llenar las vacantes de empleos que requieran acuerdo del Senado. El PE afirma su poderío mediante la designación de sus propios subalternos; llena vacantes a su antojo, con las personas que él considere adecuadas.

## 16. ARTÍCULO 94 (108) | CREACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Esta ejercerá el Poder Judicial de la Nación. Implica que el PJ se encuentra a cargo de una institución fuerte, localizada en BA. Los tribunales provinciales, de categoría inferior, deben responder a esta institución

## 17. ARTÍCULO 104 (121) | PODER NO DELEGADO

Afirma que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal en la CN

## CONCLUSIÓN

El proceso constituyente argentino originario es considerado por estadistas del derecho constitucional como de carácter abierto: Se inicia en 1853 y termina en 1860. Desde esta perspectiva, nuestra CN suele denominarse como “La CN de 1853-1860”. Sin embargo, esto NO ES CORRECTO, ya que primer CN tuvo la intención de ser rígida y permanente.

## ❖ REFORMA DE 1866

## CONTEXTO

Debido al marcado aumento de los gastos nacionales generados por la Guerra de la Triple Alianza, se reformó la Constitución para garantizar que los impuestos de importación y de exportación fueran exclusivamente de propiedad del Estado Nacional.

## PUNTOS PRINCIPALES

## 1. ARTÍCULO 4 | NACIONALIZACIÓN DE LAS ADUANAS

El órgano responsable por los gastos del país sería el Gobierno Nacional, con los fondos del Tesoro Nacional, formado del producto de los derechos de importación y exportación (estos son del gobierno), de la venta de tierra o locaciones de propiedad nacional, renta de Correos, o demás contribuciones que imponga el Congreso.

## 2. ARTÍCULO 67 inc 1 (75.1) | DERECHOS DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN

Se especifica mediante la reforma del artículo 67 inciso 1 (sobre atribuciones del Congreso de la Nación), que será el Congreso quien legisle en materia aduanera (es decir, en materia de derechos de M y X), y que los impuestos serían iguales en toda la Nación, uniformes.

### CONCLUSIÓN

Claramente, el principal objetivo de la reforma era nacionalizar la aduana para obtener ingresos fiscales para financiar la guerra.

## ❖ REFORMA DE 1898

### CONTEXTO

En 1897 se convoca a una nueva Convención Constituyente, con el objetivo de llevar la cantidad de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional a 8, y permitir el reajuste por el Congreso después de cada censo, en relación a la representación del pueblo en la Cámara de Diputados. De esta manera, el Estado crece y se burocratiza.

### REFORMAS PRINCIPALES

## 1. ARTÍCULO 37 (45) | BASE DE POBLACIÓN NECESARIA PARA ELEGIR EL NÚMERO DE DIPUTADOS - CENSO

Los diputados de todo el país serán elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes es 1 por 33 mil habitantes (o fracción superior a 16.500). El Congreso fija la representación con arreglo del mismo, pero nunca puede disminuir la cantidad inicial. Además, se establece la obligación de realizar un censo para establecer el número de habitantes que elegirán diputados.

## 2. ARTÍCULO 87 (viejo) | NÚMERO DE MINISTROS PARA LIMITAR EL PODER PRESIDENCIAL

Hoy toda esta sección es diferente (luego de que se agregase el cargo de Jefe de Gabinete en el '94). El número de ministros aumenta de 5 a 8, intentando disminuir el margen de discrecionalidad del PE. Estos ministros secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la nación, y podrán refrendar o legalizar los actos del presidente.

### CONCLUSIÓN

El objetivo de la reforma es restringir al Poder Ejecutivo mediante el aumento de número de ministros, y a la vez posibilitar al Congreso el reajuste de la representación del pueblo en la Cámara de Diputados mediante la realización de censos, y la posterior designación de funcionarios públicos.

## ❖ REFORMA DE 1949 (DEROGADA)

## CONTEXTO

En 1848, el Congreso Nacional declaró la necesidad de reformar la CN. Sin embargo, su legitimidad es debatida. Esto también se repite en la de 1957, pero la primera directamente no figura como reforma en la CN actual. Esta CN tuvo impugnaciones, debido a la discordia respecto a la interpretación del artículo 30 de la CN, sobre reforma constitucional:

### **ARTÍCULO 30**

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos. 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 a tal efecto”

La complejidad interpretativa radica en que no se aclara si se necesitan las  $\frac{2}{3}$  de los totales o de los presentes. Ese día, el sistema bipartidista quedó reflejado en las interpretaciones:

PARTIDO PERONISTA:  $\frac{2}{3}$  de los presentes en el Congreso

PARTIDO RADICAL:  $\frac{2}{3}$  del total de los miembros del Congreso

Hasta ese momento se venía interpretado de los totales, esa era la interpretación del radicalismo (interpretación literal). Por otro lado, el bloque oficialista proponía que se interpretara de los presentes, porque así era con las demás legislaciones. Finalmente, el radicalismo abandonó el recinto y se aprobó la reforma con  $\frac{2}{3}$  de los presentes. Finalmente, esta CN es derogada en 1957.

Incluye los derechos del constitucionalismo social, de segunda generación. Desde esta nueva perspectiva, representada por Arturo Sampay, el Estado puede y debe intervenir en la economía, y la propiedad tiene una función social.

## REFORMAS PRINCIPALES

1. Reección inmediata de presidente y vicepresidente
2. Se incluyen las tres banderas del peronismo: justicia social, soberanía política e independencia económica
3. Derechos del trabajador, la familia, y seguridad social (sin derecho a huelga)
4. Derechos sobre la cultura, educación, trabajadores, sanidad, etc
5. Reconoció la igualdad jurídica del hombre y la mujer
6. Establece los derechos de la ancianidad, acceso a la cultura y educación
7. Se incluye el habeas corpus que es una garantía constitucional: Protege la libertad física ambulatoria
8. Propiedad del Estado nacional de los minerales, las caídas de aguas, yacimientos petrolíferos y fuentes de energía.

### ❖ REFORMA DE 1957

## CONTEXTO

Golpe de Estado el 16 de septiembre de 1955, autodenominado Revolución Libertadora. Asume como presidente de facto Pedro Eugenio Aramburu, que estableció la Constitución Argentina de 1853 con sus reformas de 1860, 1866 y 1898 y se comprometió a respetarla “en tanto no se oponga a los fines de la Revolución”, y mediante el mismo decreto derogó la CN de 1949.

Una vez derogada la CN de 1949, se abrió el debate de fondo: ¿Qué sucedería entonces con los derechos sociales y económicos que estaban incluidos en la constitución derogada? Como nos encontramos bajo un gobierno de facto, no contamos con el Poder Legislativo en funcionamiento, a quien le compete la declaración de necesidad de reforma. Por eso, Aramburu convocó por decreto a una Convención Nacional que se reunió en 1957. El verdadero objetivo del gobierno era ver cómo votaba el pueblo con el peronismo proscripto y por ello se introdujo por primera vez el voto proporcional. En este contexto, la UCR se dividió en:

→ UCRP (UCR del Pueblo): Liderada por Balbín. Grupo afín al gobierno

→ UCRI (UCR Intransigente): Más proclive a un acuerdo con el peronismo, liderada por Frondizi

El peronismo, la UCRI, el Partido Comunista y otras fuerzas menores argumentaron que la ilegitimidad de la Convención Constitucional de 1957 era mucho mayor que la que de 1949. Esta reforma fue claramente inconstitucional desde que no se respetó el procedimiento del artículo 30. Aún así, la CSJN la convalidó.

Así, la Convención sesionó con un quórum muy precario y apenas alcanzó a convalidar la derogación, restaurando la Constitución de 1853 con sus reformas, sin incluir la de 1949, e incorporar dos artículos nuevos. Los argumentos para la derogación fueron que la ley que declaró la necesidad de reforma se dictó sin el quórum de  $\frac{2}{3}$  de los totales, y que ésta omitió, además, establecer los contenidos o artículos que se habían considerado a revisión

## ARTÍCULOS INCORPORADOS

### 1. ARTÍCULO 14 BIS | DERECHOS DEL TRABAJADOR + DERECHO A HUELGA

Se incorpora un nuevo artículo a continuación del artículo 14, el 14 bis (preconizado por la CN del '49). En él se establece que el trabajo goza de la protección de las leyes: todo trabajador tiene derecho a condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas; retribución justa, salario mínimo, vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; indemnización; organización sindical libre y democrática. Se permite a los gremios el poder concertar convenios colectivos de trabajo, y el derecho a huelga, algo ausente en 1949.

Se garantizan los beneficios de la seguridad social a cargo del Estado. El seguro social sería obligatorio, y no podría existir superposición de aportes. Se garantizan las jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, el acceso a una vivienda digna, entre otras.

### 2. ARTÍCULO 67 inc 11 (75.12) | CÓDIGOS PROCESALES Y LEYES SOBRE NATURALIZACIÓN Y CIUDADANÍA

Corresponde al Congreso dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, así como leyes de naturalización y ciudadanía

## ❖ ENMIENDA DE 1972 (SIN VIGENCIA)

### CONTEXTO

Gobierno de facto de Lanusse. Establece una enmienda constitucional que debía regir hasta la convocatoria en 1977 de una Convención Constituyente rectificatoria de la de 1957. Al no convocarse, la enmienda perduró hasta 1981, cuando estaba establecido que perdería vigencia. La enmienda tampoco siguió el proceso de reforma constitucional, ya que no se convocó a Convención Constituyente para realizarla. La Junta de Comandantes que gobernaba de facto el país luego de la Revolución Argentina, manifestó públicamente en un estatuto que iban a aplicar una enmienda, “en ejercicio del Poder Constituyente”.

### REFORMAS PRINCIPALES

1. Reducción del mandato de presidente, vicepresidente, diputados y senadores a cuatro años
2. Reelección del presidente y vicepresidente (una sola vez)
3. Reelección indefinida de diputados y senadores
4. Voto directo y doble vuelta para elección de presidente, vicepresidente, diputados y senadores. En lo referente a Diputados en especial, se instala el sistema D'Hondt. Estos puntos están presentes, pero gracias a la reforma de 1994.

## ❖ REFORMA DE 1994

### CONTEXTO

En noviembre de 1993, Menem (presidente) y Alfonsín (presidente de la UCR, líder de la oposición) se reúnen en Olivos y acuerdan una reforma de la Constitución, a través de lo que se conoció como el Pacto de Olivos, que termina por formalizarse a través de la Ley 24.309. El objetivo de Menem era la reelección, y el de Alfonsín limitar el hiperpresidencialismo, considerando que veníamos de la Dictadura Militar. Era necesario establecer mecanismos constitucionales para evitar la concentración del poder o al menos limitarla, para así atenuar las posibilidades de caer en gobiernos autoritarios.

La Convención sesiona entre mayo y agosto de 1994. Fue la Convención con más representación de diversos partidos hasta ahora, por lo que se considera la más legítima de todas.

### PRINCIPALES REFORMAS

#### **1. Incorporación de nuevos derechos y garantías (3° generación)**

Art. 37	Sufragio universal, secreto y obligatorio, antes implícito, ahora expresamente mencionado en la CN
Art. 38	Reconocimiento constitucional explícito de los partidos políticos
Art. 41	Todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano

Art. 42	Derechos de usuarios y consumidores
Art. 75 Inc. 17	El Congreso debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos
Art. 75 Inc. 22	Tratados internacionales que se enuncian en este artículo tienen jerarquía constitucional

## 2. Atenuación del presidencialismo y reequilibrio de los poderes del Estado

Art. 85	Creación de la Auditoría General de la Nación
Art. 86	Creación de la figura del Defensor del Pueblo
Art. 90	Reducción de los mandatos de presidente y vicepresidente de 6 a 4 años
Art. 94	Elección directa presidente y vicepresidente   Figura del ballottage   Una reelección inmediata
Art. 100	Creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros
Art. 120	Creación del Ministerio Público
Art. 129	Elección directa del intendente de la ciudad de BA, hasta ahora designado por el PE

## 3. Fortalecimiento del federalismo

Art. 54	Se suma un 3° senador por provincia, elegido directamente por el pueblo, con un cargo de 6 años (56)
Art. 75 Inc. 2	La coparticipación tributaria adquiere reconocimiento constitucional
Art. 75 Inc. 30	Se refuerza la autonomía de los municipios (conservan el poder de policía, lo mismo las provincias)
Art. 124	A las provincias les corresponde el dominio de sus propios recursos naturales

## 4. Otros

<b>Art. 36</b>	Imperio de la CN, aun cuando se interrumpiere su observancia (ruptura del orden democrático) El Congreso deberá sancionar una ley de ética pública
<b>Art. 39</b>	Se crea la figura de la iniciativa popular
<b>Art. 40</b>	Se crea la figura de la consulta popular
<b>Art. 43</b>	Se crean los recursos de amparo, hábeas data y hábeas data (algunos ya existían pero se regulan)
<b>Art. 89</b>	Se elimina el requisito de pertenecer a la religión católica para el cargo de presidente

<b>Art. 99 inc. 3</b>	Se agrega la figura del Decreto de Necesidad y Urgencia
<b>Art. 99 inc. 4</b>	Para nombrar a los magistrados de la CSJN, el presidente ahora necesita el acuerdo del Senado. Nombra a los jueces de tribunales federales inferiores (terna Consejo de la Magistratura) Magistrados con +75 años, deben tener un nuevo nombramiento cada 5 años
<b>Art. 114</b>	Creación del Consejo de la Magistratura y establecimiento de sus funciones
<b>Art. 115</b>	Creación del Jurado de Enjuiciamiento

### **Logros de la reforma del 94 (según libro de Riberi)**

En opinión de Riberi, el saldo de la reforma ha sido favorable y ha sido **particularmente favorable en materia de derechos humanos**. De tal suerte, hemos podido cerrar un oscuro período donde las libertades y los derechos de los argentinos, no fueran siempre privilegiados en la agenda constitucional de la república. El debate constituyente algunos discursos bien hilvanados y proclives al consenso, sin duda nos ayudan a comprender la necesidad que tenía el país de cerrar un oscuro capítulo de su historia. Era imperioso mostrar que no había sido amnesia, y que las profundas heridas producidas durante la última dictadura, por fin comenzaban a cicatrizar en nuestro lacerado cuerpo social. Es conveniente advertir que la discusión de la “igualdad” entonces, estuvo inscripta en una discusión mayor; cuál fue el gran debate sobre la fundamentación de los derechos humanos y en particular, de los nuevos derechos; con los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro bloque de constitucionalidad.

Desde 1860 nuestra Constitución ha sido modificada en condiciones que siempre dejaron abiertos cuestionamientos a su legitimidad. Ni que decir del proceso que sucede a la sanción de la Constitución de 1949 y mucho más, luego de la absurda y abusiva derogación por un “bando militar” de esta reforma. Aunque apreciamos el aporte hecho por la Asamblea Constituyente de 1957, no podemos soslayar que la ausencia en este caso del peronismo, más el retiro de los radicales que formarían la UCRI, pronunció el deterioro mencionado. En rigor, **teníamos “constitucionalismo social” y una formidable norma como el art. 14 bis, pero no teníamos una Constitución que de manera transparente pudiera contener esos principios.**

## **UNIDAD 4: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. SUPREMACÍA Y PODER CONSTITUYENTE**

### **APARTADO A: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

#### **SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

**Artículo 31.-** Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del

La supremacía es una cualidad que tienen ciertas normas, una rara avis que se encuentra en pocas de ellas. Según Bidart Campos, la supremacía de la constitución tiene dos sentidos:

1. **FÁCTICO (PLANO DESCRIPTIVO):** Es fundamento y base de todo el orden jurídico-político de un Estado. Es la norma suprema porque no hay normas por encima de ella en el ordenamiento jurídico, es la fuente primaria y fundante de éste, la viga fundamental que lo sostiene. Es suprema simplemente, porque ella lo dice en el artículo 31.
2. **NORMATIVO:** La Constitución formal, revestida de superlegalidad, obliga a las normas y a los actos estatales y privados a ajustarse a ella. La Constitución es la base del deber ser donde todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal.

La supremacía de la Constitución se manifiesta en dos sentidos:

- La constitución prevalece sobre todo el orden jurídico-político del Estado
- La constitución, en cuanto federal, prevalece también sobre todo el derecho provincial, y dentro de esta segunda supremacía, prevalece juntamente con la constitución federal todo el derecho federal [Arts. 5 y 31]

### **¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA SUPREMACÍA?**

Desde el plano descriptivo, podríamos decir que sin supremacía no hay control, y sin control no se pueden garantizar las libertades. Es decir, las dos sustancias de la Constitución no podrían equilibrarse, Ulises no estaría atado y el poder cruzaría sus límites por sobre los de la libertad. En este sentido, la CN viene a controlar el poder. Sin supremacía no habría gobierno de la ley, no habría ley con suficiente fuerza para imponerse frente al poder. La CN “juega con la carta más alta” siempre.

Gracias a la supremacía constitucional, si yo tengo un derecho y otra norma intenta violarlo no podrá hacerlo, porque mi derecho está indicado en la constitución que es suprema. Lo mismo ocurre con el control de poderes: ella es garante de la división de poderes porque no permite que ninguno se exceda más de lo que ella estipula, gracias a su carácter supremo.

Es suprema para no estar extrañada de su deber ser, controlar el poder. Desde el plano normativo, entonces, se entiende así por qué la CN necesita fundamentos políticos. Desde el plano de la filosofía política, por su parte, es necesaria para garantizar la democracia. Es decir, el soberano no es Ulises, sino todo el pueblo convocado a través del Poder Constituyente, tal como lo expresa el Preámbulo (y aún se expresa de forma más directa en la CN estadounidense con “we, the people”. Así, el fundamento de legitimidad del Poder Constituyente está implicado en la idea de supremacía.

### **SUPREMACÍA Y SOBERANÍA**

El concepto de supremacía es a las normas lo que el concepto de soberanía es al poder político. La Constitución es suprema porque es la norma que dice cómo se hacen las normas (no hay normas por encima de ella), y la soberanía es un tipo particular de poder que no reconoce a otro por encima de sí.

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TIENE COMO FUNCIÓN VELAR POR LA SUPREMACÍA DE LA CN.

### **¿Quién lo ejerce?**

Ahora bien, aunque el artículo 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice sobre los sujetos y el procedimiento destinados a impedir la violación de esa preeminencia. Sin embargo, el artículo 116 indica que corresponde al PJ el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre los puntos regidos por la CN<sup>31</sup>, por lo que una interpretación armónica de estos artículos ha dado sustento a la disposición de que sea el PJ quien lo lleve a cabo (con la CSJN como el tribunal atribuido en última instancia para ejercer el control). Además, en 1994 se reconoció expresamente, mediante el artículo 43, la procedencia del control de constitucionalidad difuso y en causa concreta, en materia de amparo.

La supremacía, como dijimos, permite el control de constitucionalidad. Gracias a su carácter supremo, el poder controla al poder. Esto es así porque la CN plantea una división de poderes y una mirada restrictiva del poder. Esto se ve reflejado en el caso *Marbury vs. Madison*, donde a partir del accionar del juez Marshall (que, en realidad, fue en definitiva inconstitucional) el Poder Judicial controló al Poder Legislativo, permitiendo así pensar en lo que idearon por primera vez los norteamericanos: el gobierno limitado. El control de constitucionalidad como medio de mantener la supremacía de la CN, nació entonces con la creación de la Corte Suprema de Estados Unidos, con la sentencia de este famoso caso.

### **CASO MARBURY VS. MADISON**

#### **SOLUCIÓN**

Este caso se da en medio del proceso constitucional estadounidense, marcado por una lucha entre federalistas y antifederalistas, en un Estado confederal. La historia comienza cuando, luego del mandato de John Adams, federalista, asume en 1801 la presidencia un demócrata republicano: Thomas Jefferson.

Dada la situación, días antes de su retiro, Adams aplicó una maniobra política: realizó designaciones masivas de cargos judiciales (“jueces de paz”), con la intención de copar de federalistas el Poder Judicial, que recién se estaba formando. El Senado, por su parte, que se encontraba dominado en su mayoría por federalistas, ratificó las designaciones, que quedaron establecidas un día antes de que se fuera. Entre esos nombramientos se encontraba el cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que fue otorgado a John Marshall, quien hasta entonces había sido Secretario de Estado de Adams. Ahora bien, el último paso para nombrar a dichos jueces no era la ratificación del Congreso, sino el envío de actas de nombramiento (notificaciones oficiales) a los jueces, firmadas y selladas por el Secretariado de Estado (cargo todavía ejercido por Marshall). Sin embargo, en el ajetreo de última hora, olvidó entregar dichas actas a cuatro de los jueces nombrados, entre ellos William Marbury.

Estos jueces ya estaban designados y tenían un acuerdo. El problema es que, al estar recién instituido este poder y en plena formación, no podían trabajar porque no había infraestructura ni salarios para cobrar. A esto se suma que Madison, el ahora Secretario de Estado, se niega a hacer efectivas las actas faltantes, e incluso suprime algunas ya enviadas. Estos jueces de paz deciden esperar un tiempo, hasta que se cansan. En ese contexto, en 1803, Marbury envía una demanda judicial instando al Poder Ejecutivo (en particular a Madison) a que emita un

writ of mandamus para que les den asiento, jurisdicción. En la demanda, pide que transmita al PE que él entre tantos otros habían sido designados jueces con acuerdo del Senado, y por lo tanto eran jueces de la Nación. Con las actas de nombramiento, lo que en definitiva corresponde al PE es “poner plata”, es decir, dar presupuestos, pagar salarios, invertir en infraestructura. Marshall, correligionario de Marbury, ahora se encuentra entre la espada y la pared. Su decisión inicial fue tirar la carta. La situación de Marshall era realmente compleja: la demanda supone un potencial conflicto entre el incipiente Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Es por esto que cualquier postura que tomara lo perjudicaría.

### OPCIONES

1. Dar la razón a Marbury: De hacerlo perdería su puesto de trabajo, que a pesar de su importancia resulta muy frágil porque el gobierno oficialista es demócrata republicano. Fallando a favor de sus correligionarios, Madison todavía podía negarse a darles el acta de nombramiento y así Marshall perdería total autoridad.
2. Rechazar a Marbury: Esta medida, al ser favorable al PE, también le haría perder legitimidad, porque daría la sensación de que el PJ está alineado con el PE y no es independiente, y por lo tanto no hay justicia. Además, tenía graves consecuencias políticas, ya que implicaba someter el PJ a los jeffersonianos al permitirles negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente. Marbury tenía derecho al nombramiento que demandaba, teniendo en cuenta que este había sido firmado por el presidente y sellado por el Secretario de Estado durante la presidencia de Adams. Esto implicaba una clara violación de ese derecho frente al cual las leyes de su país brindaban un remedio, emitir un mandamus.

### SOLUCIÓN

Marshall decidió perder la batalla pero ganar la guerra, y lo hizo basándose en el argumento normativo de la constitución: utilizó a su favor el principio cardinal del Derecho Público según el cual todas las atribuciones deben interpretarse de manera restrictiva, o en otras palabras, el poder se interpreta siempre restrictivamente. Asimismo, contrario sensu, todos los derechos deben interpretarse de manera expansiva (in dubio pro reos). Desde esa idea, Marshall dice:

“En ejercicio de mi labor como máxima autoridad del Tribunal de la República, afirmó que no tengo competencias para resolver este caso”

### ¿CÓMO LO JUSTIFICA?

Marshall cuestiona la suposición de Marbury de que él tiene la autoridad para instar al PE a emitir el mandamus basado en el Acta Judicial, en cuya sección 13 amplía algunas de sus competencias. Sin embargo, si consideramos el artículo 3 de la CN norteamericana, ésta afirma que el PJ debe limitarse a las atribuciones que le brinda la CN, y por eso lo planteado por la sección 13 del acta era inconstitucional. El Tribunal supremo no tenía, en realidad, competencias para emitir mandamientos de competencia originaria, sino que sólo podía actuar ante apelaciones: nunca habla del mandamus. Si la norma no indica tal poder, entonces éste no se tiene: in dubio pro libertad. Marshall va contra el Congreso por el Acta Judicial: no va a criticar lo que solicita Marbury en sí, de hecho manifiesta que tiene razón, pero tampoco va a ir en contra del PE, y así no se enfrenta

directamente con ninguna de las partes. La inconstitucionalidad de la ley en términos formales fue lo que lo salvó.

#### PALABRAS DE MARSHALL

"No se puede presumir que ninguna norma o cláusula de la CN fue pensada para que no tuviera efecto. Por lo tanto, una interpretación de esta naturaleza es inadmisibile. Los poderes superiores del Estado tienen competencias y atribuciones (restrictivos); las personas tienen derechos (amplios). Los poderes y competencias del PL son limitados, y esos límites no pueden ser ni confundidos ni olvidados (...) porque ese es el sentido de tener una CN escrita. ¿Cuál sería el sentido de tener poderes limitados? ¿Y cuál sería el sentido de plasmar esos límites por escrito, si pudieran ser soslayados y pasados por alto por las mismas personas o poderes a quienes se imponen esos límites? (...) no habría distinción entre gobierno con límites y sin límites. Si la primera alternativa fuera correcta, entonces todo acto legislativo contrario a la CN no es derecho (si es suprema) si la segunda alternativa fuere verdad, toda CN escrita no sería otra cosa que un intento absurdo de parte del pueblo para limitar al poder que es por naturaleza ilimitado" (...).

"Es enfáticamente dominio y deber del Departamento Judicial decir y exponer lo que es el derecho, si dos normas entran en conflicto es el Tribunal el que debe decidir cuál debe resolver el caso. El lenguaje de la CN está dirigido a nosotros, los tribunales. (...) y aplica para todas constituciones escritas: toda ley repugnante para la constitución es nula"

#### SU GRAN FALLA ARGUMENTAL

El artículo 3 no indica competencias para el mandamus, pero tampoco dice que el PJ tenga competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley. En otras palabras, él no estaba habilitado para decir este argumento, así que su respuesta de declaración de inconstitucionalidad basada en el concepto de in dubio pro reos, no lo está aplicando a sí mismo; está interpretando su poder de manera amplia. Al derogar una ley, se adjudica una competencia que no le ha sido atribuida por la CN. Dicho de forma simple: así como la CN no le brindaba autoridad para emitir el mandamus, tampoco lo hacía para la declaración de inconstitucionalidad de la ley del Judiciary Act.

#### IMPORTANCIA DEL CASO

Según Gelli, el caso es extraordinario y relevante por muchos motivos, entre ellos:

1. Creó un control, en cabeza de la Corte Suprema, sobre los otros poderes del Estado
2. La CSJ estadounidense elaboró sus fundamentos de control de constitucionalidad a partir del principio de supremacía (se afirma el carácter supremo de la CN), y puso al Poder Judicial como el encargado de velar por esta última.
3. El Tribunal fijó los límites de su propio poder para declarar inconstitucionalidad de las normas en lo que denominó "cuestiones políticas no judiciales" e identificó a éstas con la falta de agravio concreto de un derecho personal (aunque en el caso de los accionantes sí tenían derechos vulnerados).

## MONISMO Y DUALISMO EN LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL COMPARADA

Dos tradiciones que teóricamente están confrontadas

**Monismo:** En Reino Unido por la disputa entre el parlamento y la corona, fueron incorporándose de una manera consuetudinaria a la actividad política del parlamento, y han ido conformado una CN que necesita respeto y admiración.

- Soberanía del Parlamento → cualidad del poder, sobre todo la cámara de los comunes ⇒ el poder constituyente está dentro del poder constituido ⇒ supone que el poder constituido es a la vez, el poder constituyente

No hay carta de derechos codificadas

- no hay judicial review → no hay control de constitucionalidad, como la soberanía está en el pueblo, no puede haber otro poder que pueda contradecir al poder del parlamento.

**Dualismo:** La Revolución Francesa y Revolución Norteamericana dieron el puntapié inicial del dualismo constitucional, si yo tengo CN formal escrita quiere decir que, tengo poder constituyente (es un poder extraordinario, el único poder para hacer la constitución, no está para hacer normas ordinarias, si la rigidez es bien notables, ese poder, que es el poder del pueblo “we people” “nos los representantes”). Si tengo parte dogmática y tengo derechos (están preservados en algún lugar, derechos que se han comprometido a respetar), el control de constitucionalidad es algo que sin dudas, está presente, si cualquier norma se opone a la parte dogmática u orgánica de la CN.

### APARTADO B: PODER CONSTITUYENTE

## CONCEPTOS Y TIPOS DE PODER CONSTITUYENTE SEGÚN LA DOCTRINA

### CARACTERIZACIÓN GENERAL

Si por “poder” entendemos una competencia o capacidad para cumplir un fin, y por “constituyente” el poder que constituye o da constitución a un Estado, podemos decir que Poder Constituyente es la competencia o capacidad para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo, y establecer su estructura jurídico-política. Esta noción surge en la Revolución Francesa, con el escrito de Sieyes, titulado *¿Qué es el Tercer Estado?*.

#### **PODER CONSTITUYENTE ≠ PODER CONSTITUIDOS**

El poder constituyente no es lo mismo que el poder constituido, y el primero es superior al segundo. El poder que hace la constitución no puede no ser político, debe ser un poder que delibere. El poder constituyente es el poder que hace, que decide las reglas de juego, las fundamentales. Lo político tiene que ver con la libertad.

### TIPOS DE PODER CONSTITUYENTE

- **PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO**

Se ejerce en la etapa fundacional del Estado, para darle nacimiento y estructura. Es por esto que generalmente se puede rastrear en el tiempo hasta las grandes revoluciones de la Modernidad<sup>39</sup>. Tiene como titular al pueblo, porque es la colectividad toda la que debe proveer a su organización política y jurídica al crear el Estado. La noción busca brindar legitimidad al PCO. Este principio se ve reflejado en nuestra CN, particularmente en el Preámbulo con su “nos, los representantes del pueblo”.

El PCO que dio nacimiento y organización a nuestro Estado aparece en 1853. Todo el proceso genético que desde la emancipación del Virreinato del Río de la Plata en 1810 prepara la formación territorial y política de la República Argentina, culmina con la CN que establece el Congreso Constituyente allí.

Se dice que el PCO es, en principio, ilimitado. Es decir, que no tiene límites de derecho positivo, no hay ninguna instancia superior que lo condicione, justamente por su carácter de fundador del orden jurídico en el territorio. Sin embargo, en los hechos puede contar con algunas limitaciones o condicionamientos, que bien fueron recogidos por nuestros constituyentes, a saber:

- Aspecto filosófico: Los límites supra positivos del valor justicia
- Aspecto normativo: Los pactos preexistentes (BC incluye tratados internacionales)
- Aspecto sociológico: La realidad social de nuestro medio
- **PODER CONSTITUYENTE DERIVADO**

Se ejerce para reformar la constitución. A diferencia del PCO, éste es limitado, limitado por lo establecido en el momento de actuación del PCO, y por los tratados internacionales a los que hubiere adherido (aún cuando fueran infraconstitucionales).

El poder constituyente derivado encuentra su norma de base en el artículo 30 de la CN. Este consagra la rigidez, tanto por el procedimiento de reforma como por el órgano especial que habilita para realizarla. Dado el tipo escrito y rígido de la constitución formal, su revisión debe efectuarse mediante un procedimiento especial, que es distinto de la legislación ordinaria.

¿SON TAN DIFERENTES?

Se debe tener presente, que de todas maneras, esta distinción entre ambos es una mera construcción, es una mirada un tanto conservadora del derecho. En nuestra CN no se habla de PCD. Desde el punto de vista descriptivo tampoco hay una distinción entre ambos, no hay límites entre uno y el otro. Desde el punto de vista normativo, tampoco ya que el poder constituyente está habilitado para cambiar todo o cualquiera de las partes del originario, premisa presente en el artículo 30 de nuestra constitución.

## LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Son transformaciones que operan en la constitución material, sin que se produzca modificación en el texto de la CN formal. El orden normativo de la CN formal permanece intacto mientras la CN material acusa una transformación respecto de la formal. Cuando el cambio este cambio se lleva a la CN formal, ya o es una mutación sino una reforma/enmienda. Estas pueden darse por:

- Adición: Se incorpora a la CN material un contenido nuevo que carece de norma previsor en la constitución formal
- Sustracción: Cuando normas de la CN formal con vigencia normológica, no se materializan más en la CN material

- Interpretación: Las normas de la CN formal adquieren vigencia sociológica (es decir, se materializan en la CN material) de un modo que no coincide exactamente con la norma escrita en su formulación expresa.

## EL PODER CONSTITUYENTE COMO "EXPRESIÓN POLÍTICA" DE UNA RAZÓN LEGISLATIVA

Ciertos artículos de la CN quedaron abiertos, por lo que se requiere su desarrollo, precisión y reglamentación específica a través de leyes, que son competencia del Congreso. Bajo la visión de que existe cierto poder constituyente y constituido, teniendo en cuenta esto, la misma Constitución muestra que el congreso comparte alguna porción del poder constituyente.

Toda reforma constitucional, aunque se opere por medio de normas, constituye una acción esencialmente política, pues pone en funcionamiento la faz arquitectónica de aquélla. Aun si la reforma fuese parcial, o comprendiera el alcance y límites de los derechos y garantías, toca de modo directo o indirecto, pero siempre significativo, al sistema político global.

## REFORMA CONSTITUCIONAL

### SUJETO DEL PODER CONSTITUYENTE

En el Preámbulo, la CN proclama los tres sujetos del Poder Constituyente:

- Representantes del pueblo de la Nación Argentina
- Congreso General Constituyente
- Provincias

### **ARTÍCULO 30**

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.

## PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL ARTÍCULO 30

### ● CONTENIDOS PÉTREOS

Ya que el art. sostiene que la constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, resulta inconsciente desde el punto de vista jurídico, sostener la existencia de contenidos pétreos que no deben modificarse.

### ● REQUISITOS PARA DECLARAR NECESIDAD DE REFORMA

El Congreso se expresa a través de leyes, resoluciones, etc. Ahora bien, el artículo no establece cuál es el instrumento formal mediante el cual debe materializarse la declaración de necesidad de reforma. Entonces surgen dos preguntas: ¿Se debe cumplir con todas las exigencias formales del proceso de sanción de leyes? ¿El PEN puede vetarlo? Fayt en el caso "Polino", sostuvo que era facultativo del Congreso Federal elegir la forma

de declaración de la necesidad de reforma, pero que si se dictaba una ley, se debía ajustar al procedimiento fijado por la CN, pero que la atribución preconstituyente es una facultad política exclusiva del Congreso por lo tanto no es inadmisibles el veto presidencial.

Respecto al requisito del quórum de  $\frac{2}{3}$ , estos pueden computarse sobre el total de ambas Cámaras, sobre el total de miembros integrantes de cada Cámara por separado, sobre el total de los miembros en ejercicio o sobre los presentes

- ATRIBUCIONES DEL CONGRESO FEDERAL

El Congreso debe manifestar que considera necesaria la reforma, en el todo o en cualquiera de sus partes. Si declara la reforma de toda la CN está habilitando la enmienda total, pero si declara la reforma parcial, debe indicar los artículos sujetos a modificaciones o bien las partes o materias que requieren revisión e indicar las normas inmodificables

- ATRIBUCIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE

Si la Convención fuese más allá de lo declarado por el Congreso, esa cláusula sería inconstitucional. La Convención debe adoptar un criterio de deliberación y decisión. Lo hace dictando un Reglamento Interno en el que es necesario respetar el proceso democrático, los derechos de los convencionales y la representación que ellos invisten.

## PROCEDIMIENTO Y ETAPAS

### 1. ETAPA INICIATIVA • PRE CONSTITUYENTE

Se inaugura en el momento en que el Congreso (órgano más político) declara la ley de necesidad de reforma. De hecho, BC no lo describe como un acto legislativo sino de esencia política: el acto declarativo no tiene forma de ley. Tal es así, que el presidente no puede usar su poder de veto para evitarla. El quórum de votos para declarar la necesidad de la reforma limita al Congreso, y exigen  $\frac{2}{3}$  de votos de los miembros de cada una de las cámaras (aquí el derecho espontáneo hizo que se suela interpretar como totales, porque si fuera presentes suele aclarar).

Además, el derecho espontáneo establece que el Congreso debe puntualizar los contenidos o artículos necesarios de revisión. A partir de esto, la Convención no queda obligada a introducir reformas en los puntos señalados, pero no puede efectuarlos fuera de ellos. Además, el Congreso puede fijar un plazo a la Convención, lo que significa que si el plazo se vence la Convención se disuelve, y que las reformas efectuadas después de ese plazo son inconstitucionales.

### 2. ETAPA DE REVISIÓN • CONSTITUYENTE

Esta etapa ya no le pertenece al Congreso, sino que se remite a un órgano ad hoc, que es la Convención Reformadora o Constituyente. El artículo 30 no determina cómo debe componerse dicha Convención, ni de dónde surge. Sin embargo, el derecho espontáneo determina que el cuerpo electoral es convocado para elegir convencionales constituyentes, aunque puede elegir otro medio. Lo que definitivamente no puede hacer, es estar compuesta por los mismos legisladores que la convocaron. Es la etapa de la deliberación, y elaboración de las reformas y concluye en la sanción misma.

### 3. ETAPA RATIFICATORIA • POS CONSTITUYENTE

Esta etapa no es regulada por el derecho, ya que en éste no existe la etapa ratificatoria. Esta consiste en que una vez disuelta la Asamblea, se deben complementar las reformas con las leyes constitucionales y programas aún abiertos.

### ¿EXISTEN LÍMITES AL PODER DE REFORMA?

La CN establece ciertos límites a la reforma, según BC. El poder constituyente derivado tiene límites de derecho positivo: unos en cuanto a procedimiento, otros en cuanto a la materia<sup>40</sup>). Los límites al PCD están dirigidos hacia:

- EL CONGRESO: En la etapa iniciativa o de declaración de necesidad de reforma, dado por el quórum necesario.
- LA CONVENCION: En la etapa de revisión, porque el Congreso especificó los puntos a someter a su análisis. En caso de que el Congreso especificara un plazo determinado para la revisión, también ésta sería una limitación.

Según BC, también hay una limitación a ambos órganos a la vez, que es la existencia de contenidos pétreos. Sin embargo, como sabemos, Riberi no piensa que nuestra CN tenga este tipo de contenidos, así que no cuenta como limitación.

La existencia de límites conduce a sostener que cuando una reforma se lleva a cabo sin respetarlos, la enmienda constitucional es inválida o inconstitucional. Asimismo, hoy podemos decir que los tratados internacionales, muchos con jerarquía constitucional, imponen un límite heterónomo, externo y colateral al PCD, por lo que si al reformarse la constitución se incorpora a ella algún contenido violatorio de un tratado preexistente, ese contenido que producto de la reforma debe calificarse como inconstitucional.

### CASO POLINO VS. PODER EJECUTIVO NACIONAL

En abril de 1994, Héctor Polino y Alfredo Bravo, ambos diputados nacionales por la Capital Federal (Partido Socialista Democrático), promovieron una acción de amparo para pedir la nulidad del proceso de reforma constitucional, y del decreto de promulgación. Su objetivo era prevenir que el PEN pudiera realizar acciones para lograr la reelección.

Alegaron agravios a sus derechos políticos, y a los de formular en la Cámara los planteos pertinentes, algo que el trámite irregular de aprobación de la ley 24.309 les había privado. Sostenían el incumplimiento del proceso de sanción de leyes, previsto en la CN a la hora de declarar la necesidad de reforma. La demanda se refirió al Núcleo de Coincidencias Básicas que debía ser votado en su conjunto, por sí o por no, por los convencionales constituyentes. Al no darse esto, lo califican de inconstitucional

Para presentar sus agravios los amparistas encadenaron el procedimiento de aprobación de la ley a los acuerdos políticos y al método imperativo para aprobarlo. Ante el planteo, la Corte tenía tres caminos:

1. Analizar la eventual irregularidad del proceso reformador y determinar si ésta existió o no
2. En caso de admitir irregularidades, analizar la existencia o no de un agravio subjetivo concreto
3. Invertir el orden y comenzar por la evaluación del eventual agravio; y examinar el problema en términos de la justiciabilidad del caso, por estar involucrada o no a una cuestión política

En este supuesto y siguiendo con la doctrina del caso “Marbury”, se puede identificar la cuestión política con la inexistencia de agravio individual mediante la cual la Corte se encontraba en posición de seguir la opción 3. El tribunal resolvió el caso por la mayoría de 5 jueces. Hubo dos votos concurrentes y dos magistrados expresaron sendas disidencias.

En abril de 1994, Héctor Polino y Alfredo Bravo, ambos diputados nacionales por la Capital Federal (Partido Socialista Democrático), promovieron una acción de amparo para pedir la nulidad del proceso de reforma constitucional, y del decreto de promulgación. Su objetivo era prevenir que el PEN pudiera realizar acciones para lograr la reelección.

Alegaron agravios a sus derechos políticos, y a los de formular en la Cámara los planteos pertinentes, algo que el trámite irregular de aprobación de la ley 24.309 les había privado. Sostenían el incumplimiento del proceso de sanción de leyes, previsto en la CN a la hora de declarar la necesidad de reforma. La demanda se refirió al Núcleo de Coincidencias Básicas que debía ser votado en su conjunto, por sí o por no, por los convencionales constituyentes. Al no darse esto, lo califican de inconstitucional

Para presentar sus agravios los amparistas encadenaron el procedimiento de aprobación de la ley a los acuerdos políticos y al método imperativo para aprobarlo. Ante el planteo, la Corte tenía tres caminos:

1. Analizar la eventual irregularidad del proceso reformador y determinar si ésta existió o no
2. En caso de admitir irregularidades, analizar la existencia o no de un agravio subjetivo concreto
3. Invertir el orden y comenzar por la evaluación del eventual agravio; y examinar el problema en términos de la justiciabilidad del caso, por estar involucrada o no a una cuestión política

En este supuesto y siguiendo con la doctrina del caso “Marbury”, se puede identificar la cuestión política con la inexistencia de agravio individual mediante la cual la Corte se encontraba en posición de seguir la opción 3. El tribunal resolvió el caso por la mayoría de 5 jueces. Hubo dos votos concurrentes y dos magistrados expresaron sendas disidencias.

## PROBLEMAS Y CONSECUENCIAS DEL CONFLICTO DE PODERES EN VIGENCIA Y VALIDEZ CONSTITUCIONAL

### CASO FAYT

#### CONTEXTO

La modificación de la Reforma del 94 de la Constitución Nacional trajo consigo, como resultado, la modificación del art. 99 inc. 4 respecto a las atribuciones presidenciales, y en relación a los nombramientos del PJ.

#### **ARTÍCULO 99 • INCISO 4**

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) Nombra los magistrados de la Corte Suprema (...) con acuerdo del Senado (...). 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.

Así, el inciso dispuso que los jueces cesen en sus funciones al cumplir 75 años a menos que se encuentren con sus facultades saludables, y al cumplir esta edad necesitan que el PEN, con acuerdo de  $\frac{2}{3}$  del Senado los renueve en sus funciones.

#### CLÁUSULA TRANSITORIA UNDÉCIMA

Esta duración limitada entraría en vigencia luego de 5 años de sancionada la reforma.

Al momento de salir la reforma, Carlos Fayt, juez de la CSJN, ya tenía 76 años. Sin embargo, esperó hasta cumplido el plazo de 5 años dispuesto por la cláusula transitoria, y en 1999 interpuso una acción meramente declarativa para superar el estado de incertidumbre sobre la existencia y alcance de la garantía constitucional de inamovilidad de los jueces presente en el artículo 110.

#### ARTÍCULO 110

Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

Fayt invocó la protección de su derecho y el respeto de la garantía de estabilidad y permanencia vitalicia en su cargo, alegando que este es un elemento que garantiza la independencia del Poder Judicial. Además, argumenta que la duración vitalicia de los magistrados en sus cargos no se había incluido en el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, de la reforma. De acuerdo a éste, podían reformarse los artículos 85 inc. 5 (actualmente 99 inc. 4 sobre la atribución presidencial de nombrar magistrados) pero de ninguna manera se incluyó el ex artículo 96 (actual 110) sobre la garantía de inamovilidad de los jueces. Por lo tanto, la Convención Constituyente se habría extralimitado en sus funciones.

#### RESOLUCIONES JUDICIALES

La jueza del Juzgado Contencioso Administrativo N° 7, María Carrión de Lorenzón, entendió que la habilitación del Congreso Nacional a la Convención Constituyente no alcanzó a los jueces de la Corte, y declaró la nulidad del artículo 99 inc. 4 en los términos del artículo 6 de la ley 24.309, que declaró la necesidad de reforma. Luego, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo revocó la sentencia y concluyó que la Reforma no fue nula en ese punto sino que la nueva norma no era aplicable al caso Fayt, ya que hace alusión a los magistrados que serán nombrados en adelante. En pocas palabras, tanto la Corte como la Cámara de Apelaciones hizo una interpretación literal del inciso en cuestión, se atiene a las palabras de la ley.

Por su parte, la Procuración General de la Nación rechazó estos argumentos e interpuso recurso extraordinario ante la CSJN, donde sostenía que no existe una línea divisoria entre magistrados federales nombrados antes o después de la Reforma, por lo que no existen derechos adquiridos frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo. También aclara que la Reforma es válida y que la duración limitada es una exigencia de carácter objetivo e impersonal.

#### RESOLUCIÓN DE LA CSJN

Finalmente, la Corte resolvió declarar la nulidad de la reforma introducida por la Convención Constituyente en el artículo 99 inc. 4, párrafo tercero, y en la disposición transitoria undécima, por importar aquella norma una restricción no habilitada a la garantía de la inamovilidad consagra en el artículo 110 de la CN.

Según la CSJN, el Congreso, en su función preconstituyente había declarado la necesidad de la reforma y el alcance de la revisión (puntos sujetos a la reforma) que la Convención debía tener en cuenta de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 30 CN. Si bien la Convención goza de facultades implícitas, estas no la habilitan a derogar, modificar o agregar normas más allá de lo establecido en el artículo 2 de la ley 24.309, en lo conocido como el Núcleo de Coincidencias Básicas.

#### OPINIÓN DE GELLI

El fallo, de extraordinaria importancia institucional y sin precedentes en la jurisprudencia de la Corte, ha considerado revisable judicialmente la actuación del poder constituyente derivado y declarado la nulidad de la propia constitución reformada, dando origen a un debate profundo en nuestro derecho.

Sin embargo, Gelli también plantea que la sentencia excedió los lindes constitucionales del control de constitucionalidad. Ello así pues la CSJN abandonó un viejo y saludable criterio. Según esta doctrina, si para llegar al mismo resultado en el caso concreto, existen dos alternativas, una de las cuales implica resguardar la constitucionalidad de la norma en cuestión, el Tribunal debe optar por ese camino. Y en esa ruta, que transitaban la Cámara de Apelación y el Ministro Bossert (miembro de la CSJN que propuso una disidencia parcial en el fallo), llevaba a considerar no aplicable la demanda. Por otro lado, la sentencia implica una decisión de extrema gravedad institucional, en cuanto cuestiona lo obrado por una Convención Constituyente de clara legitimidad política y jurídica, y lo dispuesto por la ley 24.430 dictada por el Congreso.

#### OPINIÓN DE RIBERI

Para Riberi se trata de un fallo deplorable, en donde la Corte Suprema de Justicia se arroga la capacidad de poder anular el poder de la Asamblea Constituyente (acá opinión personal: el poder menos político está anulando lo decidido por el más político, recordemos que el ámbito de la política es el ámbito de la libertad).

### CASO SCHIFFRIN

#### CONTEXTO

En 2017, se dio un revés en la jurisprudencia argentina inaugurada luego del caso Fayt. Años antes, en 2012, Leopoldo Schiffrin, entonces juez de la Cámara Federal de La Plata, utilizó el mismo recurso que el ex juez de la CSJN, y que luego también aplicó otra jueza del mismo órgano, Elena Highton de Nolasco, también exitosamente. Sin embargo, las condiciones habían cambiado: la CSJN estaba compuesta por nuevos miembros, el momento político era otro, y en el lapso de tiempo que Schiffrin esperó el fallo judicial (2012-2017) fallecieron Fayt y Petracchi, quienes se habían pronunciado a favor del demandante.

#### EL NUEVO FALLO DE LA CSJN

Schiffrin había obtenido resultados sentencias favorables en primera instancia y en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que convalidaron la jurisprudencia del caso Fayt de la CSJN. Schiffrin tenía 80 años, y su nombramiento había sido mucho anterior a la reforma, por lo que en ese sentido era idéntico a Fayt, y por lo tanto, esperaba los mismos resultados.

Esta vez, la CSJN abandonó lo decidido en el fallo “Fayt” en 1999. Como sabemos, el Tribunal (compuesto entonces por otros miembros) había declarado nulo el art. 99 inc. 4, párrafo tercero, introducido en la reforma

de 1994, permitiendo que los jueces mayores de 75 años no requieran un nuevo nombramiento del Presidente o acuerdo del Senado para permanecer en el cargo. Con el nuevo fallo, se restaura la validez de la norma reformada. Entre los puntos acordados por la Corte en este sentido tenemos que:

**FRAGMENTO (Centro de Información Judicial)**

La Convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, reuniéndose con la finalidad de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas. Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y su contenido.

El control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención.

La ley 24.309, al habilitar a la Asamblea a actualizar las atribuciones del Congreso y del PE contenidas en la CN, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país. La doctrina utilizada en el caso “Fayt” debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo. La Convención de 1994 no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula, ni ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno: el límite de edad modifica el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.

Con estos fundamentos, se declaró procedente el recurso extraordinario, se rechazó la demanda promovida por el juez Schiffrin, y se dejó en claro que el pronunciamiento no afectaba la validez de los actos cumplidos por dicho magistrado.

### IMPORTANCIA

Este fallo restableció la potestad del Congreso y del Presidente de la Nación de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede continuar ejerciendo su función después de los 75 años. Esta nueva doctrina apunta a devolver su vigencia a la totalidad del texto de la CN.

### CASO HIGHTON DE NOLASCO

Mientras Leopoldo Schiffrin esperaba respuesta, la jueza de la CSJN Elena Highton de Nolasco estaba haciendo la misma maniobra, a partir de un recurso de amparo que presentó en 2016. En su momento, el Ministerio de Justicia manifestó que no debía aplicarse en ella la jurisprudencia del caso Fayt, debido a que ella había asumido su cargo luego de la reforma. Sin embargo, el juez de primera instancia concedió el amparo y el Ministerio decidió finalmente no apelar, por lo que el fallo de primera instancia quedó firme. Un dato de color, luego Highton se abstuvo de votar en el caso Schiffrin en 2017.

### ¿QUÉ ES INTERPRETAR?

La interpretación constitucional significa la interpretación de las normas que componen la CN formal, así como de las normas que están fuera de ella. tienen naturaleza o contenido constitucional (normas que la CN dijo cómo se hacían). La interpretación busca desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma.

### MÉTODOS Y CONSECUENCIAS

Principios interpretativos a tener en cuenta:

1. Debe tomar en cuenta el fin, que podemos rastrear en la ideología y en los principios vertebrales de la CN.
2. La constitución lleva en sí una pretensión de futuro y de continuidad
3. Sus normas no pueden interpretarse en forma aislada, deben integrarse en la unidad sistemática de la CN relacionándolas, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, logrando congruencia y compatibilidad entre ellas.

### **INTERPRETACIÓN DE/DESDE LA CN**

#### **→ INTERPRETACIÓN “DE” LA CN**

Tiene en cuenta las normas de la CN formal. Es decir, interpreta las normas en sí mismas y en su plano.

#### **→ INTERPRETACIÓN “DESDE” LA CN**

La interpretación “desciende hacia abajo”, es decir, se va al plano infraconstitucional. Para eso empieza valiéndose de la interpretación “de” la CN y, una vez realizado, la proyecta a las normas inferiores a la CN y la utiliza para interpretar, ahora sí “desde” ella, todo el resto del orden jurídico derivado. El control de constitucionalidad va en este sentido.

Asimismo, la interpretación puede tener fines:

- Especulativos/de conocimiento, para estudiar las normas constitucionales
- Prácticos/de aplicación, cuando repartidores estatales o particulares deben solucionar un caso en base a ellas

### **TIPOS DE INTERPRETACIÓN SEGÚN BIDART CAMPOS**

**→ LITERAL:** Valiéndose del método gramatical, procura conocer el sentido lingüístico de las palabras que la norma emplea

**→ HISTÓRICA:** Intenta considerar la voluntad del autor. Es la forma correcta para BC (completa a la literal). Cuando la norma es infiel (la norma en sí no describe la voluntad del autor) existen dos opciones para alcanzarla:

- Interpretación extensiva: Si la norma dice menos de lo que quiso expresar el autor, ésta debe ensancharse

- Interpretación restrictiva: Si la norma dice más de lo que quiso expresar el autor, ésta debe encogerse

## MITO DE PROCUSTO

Procusto tenía su casa en las colinas, donde ofrecía posada al viajero solitario. Allí lo invitaba a tumbarse en una cama de hierro donde, mientras el viajero dormía, lo amordazaba y ataba a las cuatro esquinas del lecho. Si la víctima era alta y su cuerpo era más largo que la cama, le cortaba las partes del cuerpo que sobresalían (los pies y las manos o la cabeza). Si, por el contrario, era de menor longitud que la cama, lo descoyuntaba a martillazos hasta estirarlo (Procusto significa estirador, de aquí viene su nombre). Según otras versiones, nadie coincidía jamás con el tamaño de la cama porque Procusto poseía dos, una muy larga y otra demasiado corta, o bien una de longitud ajustable, por lo que siempre terminaba atacando a sus víctimas.

Procusto continuó con su reinado de terror hasta que se encontró con el héroe Teseo, quien invirtió el juego, retando a Procusto a comprobar si su propio cuerpo encajaba con el tamaño de la cama. Cuando el posadero se hubo tumbado, Teseo lo amordazó y ató a la cama y, allí, lo torturó para “ajustarlo” como él hacía a los viajeros, cortándole a hachazos los pies y la cabeza. Matar a Procusto fue la última aventura de Teseo en su viaje desde Trecén (su aldea natal del Peloponeso) hasta Atenas.

## SIGNIFICADO LLANO DEL TEXTO

La CN escrita, como texto llano, surgió con el propósito de dar certeza a los derechos y las garantías de los ciudadanos (Marshall). Sin embargo, con eso no se acaba el problema: las palabras tienen un sentido particular con el que fueron escritas, por lo que muchas veces se presenta el problema de las divergencias en la interpretación, ya que generalmente las palabras tienen más de un significado. La intención de manifestarlas por escrito es, aunque no pueda eliminarlas, atenuar esas divergencias.

## ROL DE LA CSJN, TRIBUNALES Y OTRAS INSTITUCIONES REPUBLICANAS

La Corte Suprema de Justicia, los tribunales de justicia inferiores y las demás instituciones de la República ejercen la interpretación constitucional, algo establecido constitucionalmente:

### ATRIBUCIONES DEL PODER JUDICIAL

#### **ARTÍCULO 116**

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...)

#### **ARTÍCULO 117**

En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Cuando una ley es inconstitucional alguien tiene que decirlo, alguien tiene que ponerle freno al Poder Legislativo. Pero cuando el PL saca una ley, en teoría es porque no la considera inconstitucional (ese es el poder más político, el que tiene más poder y legitimidad). Aquí, aunque estemos situados en el plano normativo, hay

que tener en cuenta que cuando una ley contradice la CN mi problema no es sólo normativo sino también lógico. Según los miembros informantes de la Comisión que redactó el proyecto en 1853, Gorostiaga y Gutiérrez, nuestra CN fue “adoptada”, tomándola del modelo de USA. Esa decisión constituyente de adoptar un sistema de gobierno ya creado, pero otorgándole perfiles propios, ha constituido el fundamento para que la Corte Suprema argentina haya interpretado la Constitución a la luz de la jurisprudencia creada por la Corte Suprema de los Estados Unidos elaborando, al mismo tiempo, una doctrina propia a partir de las demás disposiciones constitucionales y en armonía con ellas.

## LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL: CORRIENTES INTERPRETATIVAS ENFRENTADAS

### LÍNEAS JURÍDICAS: VEN A LA CN CON LOS LENTES NORMATIVO

- **ORIGINALISMO | SCALÍA** → También conocidos como fundamentalistas, generalmente conservadores. Ponen principalmente el acento en el contexto en que la norma fue escrita, haciendo una interpretación histórica, que consideran la única auténtica. El autor de la norma tiene una voluntad que el intérprete debe desentrañar. Así, cuando hay conflicto se va al origen y al contexto de creación, para analizar el sentido y voluntad constituyentes.
- **LEGALISMO | DWORKIN** → También conocido como perfeccionismo/visión epistémica, generalmente son liberales. En BC, es una corriente cercana a la interpretación literal (gramática) de la norma; de allí su mirada más optimista y afín al cambio (cree en el progreso de los derechos). Mira el contexto de aplicación de la norma, y confronta el sentido que le asigna la comunidad actual a la norma con el que le atribuyó el autor de la misma.

### LÍNEAS POLÍTICAS: VEN A LA CN COMO PRODUCTO DE LA PUTA DEL PODER

- **MAYORITARISTAS “POPULISTAS”** → La CN es lo que la mayoría quiere. Si el pueblo cambia de opinión cambia la constitución. Esta interpretación no tiene anclaje normativo, el cual es necesario porque sino ¿Por qué se ataría Ulises?
- **MINIMALISTAS** → Generalmente son republicanos, con una visión más política. Tienen una visión normativa de la CN, por lo que para ellos, primero que nada la CN es norma, pero cuando hay un conflicto de derechos los jueces pueden resolverlo. Es minimalista porque se resuelve el caso concreto; evito transformarme yo en legislador, aunque le pueda decir al poder más político (PL) que es inconstitucional una ley.

## PRINCIPIOS, VALORES Y CREENCIAS

La constitución expresa y contiene un orden material o sustancial de valores, lo que significa que no es neutral porque toma partido por un sistema axiológico bien definido. A la vez, hay en ella un conjunto de principios que, en común con los valores, hacen de núcleo central o de eje para expandir su aplicación y su obligatoriedad a todo el resto del ordenamiento jurídico. Los valores y principios guardan relación íntima con los fines que la constitución propone y exige alcanzar en la dinámica del régimen político. De este modo, la visión valorativa-principista se enlaza con la visión finalista de la constitución.

Todo ello, a su vez, encuentra una explicación en la raíz histórica de la constitución. La constitución, además de un "para qué" (fines), tiene un "por qué", que encuentra su razón de ser en la citada raíz histórica. Por eso, la indagación de todo el proceso político-institucional que ha dado origen a la constitución es muy útil para comprender cabalmente el sentido de la constitución.

Trinidad en "letra espíritu raíz histórica": a) normas formuladas en el texto; b) principios, valores y fines; c) raíz o razón histórica de la constitución,

Los valores y los principios son normas, desde que normas son los textos en los cuales constan y quedan expresados. Otra cosa distinta es el contenido de las normas que consignan a los valores y principios, porque ese contenido con enunciado normativo es el propio de cada valor y de cada principio que las normas enuncian, y es ese contenido el que no proviene de un invento o una creación voluntarista del autor de la constitución. Lo importante es la unidad de orden y de sentido que desde la constelación de valores y principios se proyecta hacia todos los planos y rincones del ordenamiento jurídico, porque siempre hay que tomarlos en cuenta, no sólo para cubrir vacíos cuando faltan las normas, sino también para comprender el sentido de las normas existentes.

## PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

La constitución es la norma escrita que debe ser interpretada por todos. Si bien los jueces y demás abogados la interpretan en su labor diaria, no son los únicos y exclusivos que debieran hacerlo, sino primaria su voluntad y no la de la ley verdaderamente. De esto hablamos cuando referimos al patriotismo constitucional.

### APARTADO D: MODELOS COMPARADOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

## MODELOS COMPARADOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CASO ARGENTINO

Tienen que ver con el diseño constitucional, ya que a través de éste los Estados establecen cómo se ejerce el control de constitucionalidad. Lo hacen basados en dos preguntas: quién ejerce el control de constitucionalidad y cómo lo hace.

- DE ACUERDO AL ÓRGANO  
→ SISTEMA POLÍTICO

El control está a cargo de un órgano de naturaleza política. Entre algunos ejemplos se pueden mencionar el caso de UK, donde históricamente el máximo Tribunal está a cargo de la Cámara de los Lores, o el de Francia, que cuenta con el Conseil constitucional francés. Este es un órgano político conformado por legisladores, juristas de alto prestigio y ex presidentes.

- SISTEMA JURISDICCIONAL

El control está a cargo exclusivamente del Poder Judicial (el poder menos político), que es un poder independiente, y los jueces se encargan del control constitucional.

- DE ACUERDO A LA FORMA

Generalmente aquí nos encontramos dentro del sistema jurisdiccional, pero en algunos casos existen órganos extrapoder para ejercer el control de constitucionalidad y por lo tanto exógenos al PJ. El control puede ser:

→ DIFUSO

Cuando cualquier órgano jurisdiccional o cualquier juez, ya sea nacional o provincial, de cualquier fuero o instancia, puede ejercer el control (USA, Argentina).

→ CONCENTRADO

Un solo órgano jurisdiccional, único y específico, cuenta con la capacidad de realizarlo. Un juez ordinario no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley. Ejemplos: España, Uruguay, Italia (órgano extrapoder).

→ MIXTO

Tiene un órgano específico para el control como un tribunal constitucional, pero también los jueces ordinarios tienen competencia, cada cual mediante diversas vías procesales (Perú, Colombia).

- DE ACUERDO A LAS VÍAS PROCESALES

- AUTÓNOMA (directa, de acción o demanda)

El proceso se promueve para declarar la inconstitucionalidad de un acto o norma.

- INCIDENTAL (indirecta o de excepción)

La cuestión de constitucionalidad se articula o introduce en forma incidental dentro de un proceso cuyo objeto principal no es la posible declaración de inconstitucionalidad, sino otro distinto.

- DE ACUERDO AL EFECTO (ALCANCE)

- INTER PARTES

Circunscripción al caso concreto: el efecto de lo dictaminado por el juez respecto a su interpretación se aplica sólo al conflicto entre las partes, no a otros casos posteriores.

- ERGO OMNES

Circunscripción al caso análogo: la sentencia invalida la norma, más allá del caso, hecho que aplicará a todos los casos similares (“extra partes”).

<p>CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ARGENTINO</p>
--

<p>Nuestro sistema es jurisdiccional, difuso, por vía autónoma y de efecto inter partes.</p>
--

## SUPREMACÍA Y JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Tal como hemos detallado previamente, el artículo 31 establece dos principios fundamentales respecto a la constitución, a saber: el principio de supremacía constitucional (el cual hemos tratado recién) y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho.

En este último principio, establece un tipo de relaciones de subordinación que nos permite saber en caso de conflicto qué normas deberían prevalecer, algo acompañado por la idea de supremacía siempre. Como dijimos

previamente, supremacía significa que la CN es la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal. Esto, al colocar a la CN en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella (desde dicha cúspide) dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden. Así, la supremacía supone una GRADACIÓN JERÁRQUICA del orden jurídico DERIVADO, que se escalona en planos distintos, donde los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se subordina a la CN. Al mismo tiempo, esto nos indica que cuando la relación de coherencia entre estas normas se rompe, nos encontramos ante un problema de inconstitucionalidad.

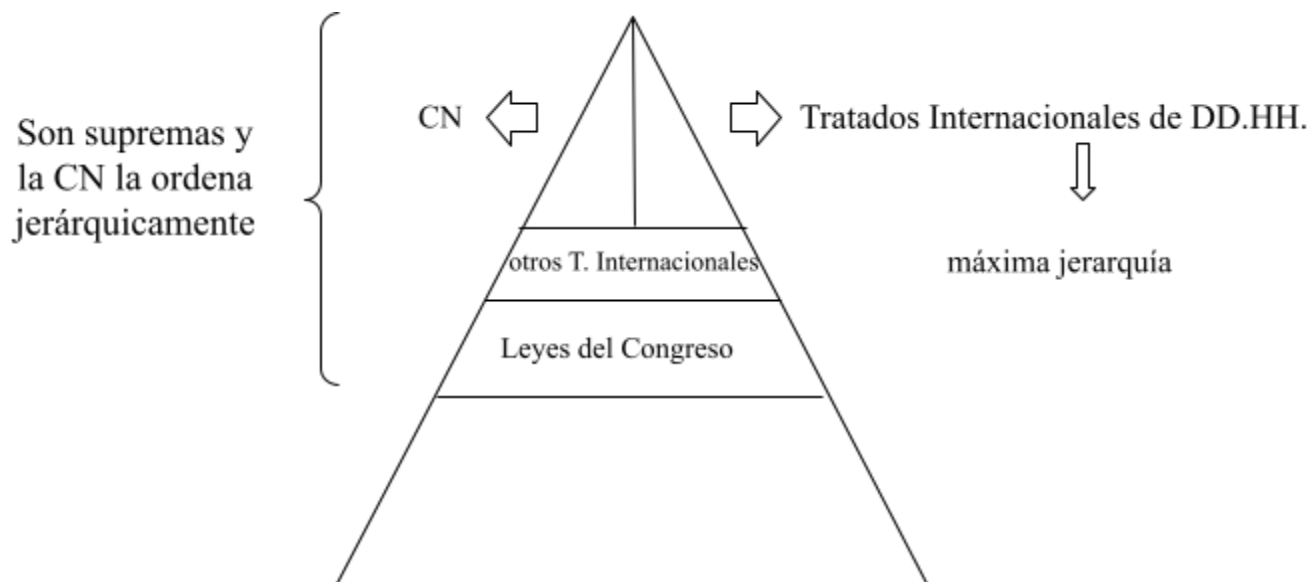
#### HANS KELSEN

Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en estratos superpuestos. La unidad de dicho orden reside en que la creación (y en consecuencia la validez) de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

### LA RELACIÓN JERÁRQUICA

La CN es suprema respecto a las leyes federales, los decretos del PE y los fallos judiciales, a las constituciones provinciales, a las leyes provinciales, a los decretos del PE provincial, a los tribunales inferiores, a la carta orgánica municipal, a las ordenanzas municipales, a los decretos del PE municipal, a los tribunales de faltas, y a los actos particulares de los ciudadanos.

### ¿EXISTE EL LLAMADO BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD?



#### ● JERARQUÍA DENTRO DE LA SUPREMACÍA

Tal como sabemos por el artículo 31, se consideran leyes supremas de la nación la Constitución, las leyes de la Nación que se dicten en consecuencia y los tratados con las potencias extranjeras. Ahora bien ¿cómo se encuentran subordinadas estas normas entre sí?

#### 1. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

En principio sabemos que la CN es fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal; sabemos que no hay norma por encima de ella, y que la supremacía es a la CN como la soberanía es al poder político, de allí su importancia. Ahora bien, a partir de la REFORMA DE 1994, hubo un gran cambio por el cual la CN no perdió supremacía, pero ciertos tratados internacionales adquirieron máxima jerarquía constitucional.

El artículo 75 inciso 22 de la CN reformada, inviste directamente de jerarquía constitucional a 11 tratados internacionales de DDHH, y establece que mediante un procedimiento especial, otros tratados referentes a la materia puedan alcanzar la misma jerarquía. Así, estos tratados pasan a tener la misma jerarquía que la Constitución misma, a pesar de que no sean parte de la CN formal. Estas fuentes no están “por encima” de la CN sino a su lado, por fuera del orden jurídico interno. De esta manera, queda conformado el bloque de constitucionalidad, que abarca a la CN misma y a estos tratados en particular.

## SENTIDO DEL BLOQUE

Hay que considerar el contexto político en el que se desarrolla esta reforma. Recién salíamos del Proceso de Reorganización Nacional, por lo que era necesario hacer un fuerte hincapié en los Derechos Humanos (internalizarlos), y en dejar atrás completamente las interrupciones de los gobiernos democráticos.

### **ARTÍCULO 75 • INCISO 22**

(Corresponde al Congreso) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno<sup>35</sup> de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

El artículo especifica el caso de se quisiera otorgar jerarquía constitucional a otros tratados de DHH. Estos, una vez finalizada la negociación por parte del Estado, el Congreso puede aprobarlos o no en trámite ordinario, y luego el PEN deberá iniciar los trámites de ratificación. Superadas estas etapas, los tratados tienen

supralegalidad. Ahora bien, para formar parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, tener igual jerarquía que la CN, el artículo establece una cláusula abierta, donde el proceso de reforma pasa a ser disperso, requiriendo una mayoría agravada ( $\frac{2}{3}$  partes de la totalidad de los miembros de cada cámara).

Para algunos, esto simboliza una flexibilización de nuestra CN, porque se flexibiliza el artículo 30 (que indica que la CN se modifica por un órgano y procedimiento distintos). FALSO: esto no es así, porque al dar máxima jerarquía constitucional a un tratado de DDHH no se está modificando en forma alguna la CN en sí misma: los tratados son fuentes del DC, pero no forman parte de ella, se trata de elementos exógenos al OJ interno.

## **2. OTROS TRATADOS INTERNACIONALES**

Tal como indica el artículo 75 inciso 22, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Por lo tanto, considerando que nos encontramos dentro de la supremacía, podemos decir que en primer lugar se encuentra el bloque de constitucionalidad, luego los demás tratados internacionales y concordatos, y finalmente el resto del ordenamiento jurídico interno, comenzando claramente por las leyes nacionales, que todavía gozan del carácter de leyes supremas. En resumen, están por encima del OJ interno, pero por debajo del bloque CN.

Existe otro artículo que nos indica sobre tratados internacionales que revisten supralegalidad. El artículo 75 inciso 24, habla del alcance, características y requisitos de tratados de integración. Estos son tipos particulares de tratados internacionales que permiten exportar competencias al exterior, tratados que delegan competencias y jurisdicción en organizaciones supranacionales. De allí que estén enmarcados en lo que se conoce como Derecho Supraestatal o Comunitario. Este tipo de tratados permiten relaciones de reciprocidad, que siempre se darán en condiciones democráticas (no pueden hacerse bajo condiciones de dominación, sino que es requisito tener un acervo cultural común, que es la democracia).

### **ARTÍCULO 75 • INCISO 24**

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de 120 días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

## **3. LEYES NACIONALES QUE EN CONSECUENCIA SE DICTEN**

### **• JERARQUÍA FUERA DE LA SUPREMACÍA**

La jerarquía al interior de la supremacía, ya expresada previamente, se encuentra reflejada también en la CN.

#### **- CONSTITUCIONES PROVINCIALES: AUTONOMÍA Y SUBORDINACIÓN**

### **ARTÍCULO 5**

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Antes de que hubiera CN en nuestro país, las provincias habían dictado su propia constitución en calidad de Estados soberanos de la Confederación. Se trataba de provincias independientes, soberanas, y con constituciones propias. Pero cuando estas provincias se unieron en un Congreso Constituyente, estas constituciones dejaron de gozar del carácter de supremas para adoptar el principio de autonomía, ya que se les permite sancionar su propia constitución y hacer ejercicio de sus instituciones.

#### **- LA REGLA FEDERAL**

### **ARTÍCULO 121**

Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Este artículo reconoce el poder residual de las provincias, que tienen para sí todo el poder que no se haya delegado al gobierno nacional. Aquí se reconoce que las provincias son anteriores a la CN (Preámbulo).

#### **- INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO FEDERAL (PÉRDIDA DE SOBERANÍA)**

La regla federal debe leerse en conjunto con el artículo 6 (condiciones de intervención)

### **ARTÍCULO 6**

El Gobierno Federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler las invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o reestablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia

## **ANTECEDENTES, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA**

### **EL PROBLEMA DE LAS FUENTES Y LA JERARQUÍA**

Aunque está relacionado con él, el problema de la jerarquía de las normas es diferente al problema de la unidad o dualidad del ordenamiento jurídico, según las fuentes normativas del mismo. Como sabemos, en relación a cómo incorporar al Derecho Internacional (lo que nos lleva a los tratados internacionales) existen dos doctrinas, monista y dualista.

### **CASO MERCK QUÍMICA ARGENTINA VS. GOBIERNO DE LA NACIÓN**

#### **CONTEXTO**

Poco antes de finalizar la IIGM, Argentina declaró formalmente la guerra a las potencias del Eje Berlín-Tokio. Como consecuencia de ello, el PE de facto dictó diversos decretos-leyes para vigilar, incautar y disponer de bienes de la “propiedad enemiga” radicados en el país, soslayando los procedimientos judiciales ordinarios,

justificándose en la aplicación de la teoría de los poderes de guerra. Según el gobierno nacional, estos poderes eran discrecionales y, por lo tanto, no estaban sujetos a control judicial. Por otro lado, Merck era una importante empresa química de origen alemán, radicada en Argentina, que recurre a la justicia por lo que entendía una violación de la CN y los tratados internacionales a los que el Estado se había comprometido, en la medida en que no reconocía y vulneraba los derechos a la propiedad y garantía de defensa en juicio.

### EL FALLO

Los tribunales inferiores fallaron en su contra, y luego la CSJN también lo hizo.

### FUNDAMENTOS

1. No hay discusión sobre los poderes de guerra de todo gobierno, ya que dan ante situaciones de emergencia nacional. Estos son anteriores al Estado y a la CN, porque lo son los objetivos primarios de la sociedad civil que les dio origen.

2. Jurisprudencia norteamericana:

- El poder de declarar la guerra incluye todas las demás facultades incidentales al mismo, y las necesarias para llevarla a efecto, y el derecho a declarar la guerra presupone el derecho a hacer la guerra.
- Establece la legitimidad de la apropiación de los bienes enemigos radicados dentro o fuera del país (ratificadas en sus enmiendas V y VI) en estos casos, por lo que el PJ no puede intervenir en eso.

3. Los poderes de guerra pueden ser ejecutados según el derecho de gentes evolucionado al tiempo de su aplicación, y en la medida indispensable para abatir la capacidad efectiva y potencial del enemigo.

### IMPORTANCIA

En este fallo se reconoce la primacía del Derecho Constitucional Interno por encima del Derecho Internacional cuando se trata de casus belli. En estado de paz, ningún tratado puede serle opuesto a la República, que no estuviese “en conformidad” con los principios de derecho público establecidos en la CN (artículo 27), pero cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia, una eventualidad extraña a las reglas del artículo 27, eso le da al gobierno una especie de pausa en ese sentido.

### ALCANCES PRÁCTICOS DEL FALLO

1. Los poderes de guerra no pueden someterse a control judicial

2. Los derechos y garantías individuales ceden ante los poderes de la guerra, ya que nadie puede invocar un mejor derecho cuando se está en presencia de la independencia, soberanía y seguridad interna y externa de la nación.

3. Las normas del derecho de gentes resultan aplicables al momento de su efectiva ejecución, aunque resulten retroactivas respecto del hecho concreto en discusión (en el caso Merck, las disposiciones del PEN se aplicaron cuando la guerra ya había concluido, en 1946, y en virtud de las previsiones de la Conferencia Interamericana de México de 1945)

## EL POLIMORFISMO DE FUENTES Y EL SISTEMA BIDIMENSIONAL DE PROTECCIÓN DE DD.HH.

### PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

También llamado Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de los DDHH, en la ciudad de San José de Costa Rica en 1969. Fue firmada por los 26 países, todos miembros de la OEA, y entró en vigencia a partir de 1978. El Pacto de San José de Costa Rica es una de la bases del sistema interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos, y es parte del sistema bidimensional de protección de DDHH del sistema argentino.

#### → CONTENIDO

- PARTE I: DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

Existen derechos intocables aún en emergencias.

Artículo 1: Obligación de respetar los derechos enumerados en la Convención, y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona en su jurisdicción, sin discriminación de ningún tipo.

Artículo 2: Obligación de adoptar normas legislativas que sean necesarias para cumplir artículo 1. Dictar leyes acordes al Pacto y a la Carta de la OEA (aquí reside el “efecto útil” del Pacto).

Artículos 3 a 31: Enumeración de derechos.

- PARTE II: ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

Artículo 33: Establece los órganos responsables de velar por la protección y promoción de los DDHH:

1. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- PARTE III: DISPOSICIONES GENERALES Y TRANSITORIAS + Reservas

#### → CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL BIDIMENSIONAL DE DDHH

Para comprender en qué consiste el control de convencionalidad debemos ahondar en los órganos creados por el Pacto.

## LA CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH.

SEDE: Washington, D.C

DESCRIPCIÓN: Órgano principal y autónomo de la OEA. Ya existía previamente, y se instituye formalmente a través del Pacto.

### PILARES FUNDAMENTALES

1. Sistema de petición individual

2. Monitoreo de la situación en los Estados miembros

3. Atención de las líneas temáticas prioritarias

## INTEGRANTES

7 miembros, que deberán ser personas reconocidas por su alta autoridad moral e idóneas, elegidas a título personal por la AG de la OEA, de una terna de candidatos (nacionales o extranjeros) propuestos por los Estados parte. No puede haber dos miembros de un mismo Estado. Cargo de 4 años, una reelección.

## FUNCIONES

Su función es la promoción de la observancia y defensa de los DDHH, estimulando la conciencia de su importancia en los pueblos americanos, formulando recomendaciones a los Estados parte cuando lo considere conveniente, preparar informes, solicitar informes a los gobiernos, asesorarlos.

## DENUNCIANTES

Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más de los Estados miembros, puede presentar denuncias respecto a la violación de DDHH de un Estado parte.

## SEDE

San José de Costa Rica (aunque pueden reunirse donde consideren)

## DESCRIPCIÓN

Órgano judicial de la OEA

## INTEGRANTES

Integrada por 7 jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral reconocida, con competencia en DDHH, y que cumplan con todos los requisitos para ser elegidos como máximas autoridades judiciales en su país. Se eligen por voto secreto entre los países miembros de la Asamblea, por mayoría absoluta, previo a la presentación de los Estados de sus ternas de candidatos. Mandato de 6 años, una sola reelección.

## FUNCIÓN

Interpretar y aplicar la CADH y otros tratados sobre ellos que están sometidos al programa de protección de DDHH. Tiene la competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados miembros en el caso reconozcan esa competencia, por declaración o convención especiales

## DENUNCIANTES

Sólo los Estados o la Comisión tienen la capacidad de presentarse ante la Corte.

## IMPORTANCIA

Tiene un carácter jurisdiccional: tiene la capacidad para emitir fallos, haciendo un control de convencionalidad. Sus fallos son definitivos e inapelables (posibilidad de manifestar desacuerdo únicamente, en un plazo máximo de 90 días). Permite el control bidimensional hacia los Estados. Esta es la gran diferencia con la Comisión, cuya naturaleza es consultiva y administrativa.

## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Surge de las jurisprudencias de la Corte interamericana.

El primer caso donde se reconoció es uno de 2006 en el caso de Almonacid Orellano, ordenaba a los jueces nacionales comparar sus normas internas con las de la Convención Americana de DD.HH. de San José de Costa Rica. En caso de que no la respete, esa norma no puede ser aplicada.

Los argumentos por los que se ha establecido este control de convencionalidad, a través del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, no se van a exculpar en una norma interna el no cumplimiento de cualquier tratado internacional.

La Corte interamericana no es una cuarta instancia que puede revisar lo decidido por los tribunales del país, lo único que hace es ver si el país ha vulnerado o no un derecho pactado en el Pacto de San José de Costa Rica.

El control de convencionalidad es una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto, y permite el control bidimensional de los Derechos Humanos.

### CASO ALMONACID ARELLANO VS. GOBIERNO DE CHILE

#### EL CASO

Este caso refiere a la responsabilidad internacional del Estado chileno por falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como a la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares. Los denunciantes plantearon ante la Comisión Interamericana de DDHH (y luego ésta lo llevó a la Corte), que a partir de esto se violaron ciertos derechos artículo establecidos por el Pacto y a los cuales Chile adhirió al volverse Estado parte, a saber:

- Artículo 1: Obligación de respetar los derechos estipulados por el Pacto
- Artículo 2: Deber de adoptar disposiciones necesarias en el derecho interno
- Artículo 8: Garantías judiciales
- Artículo 25: Protección judicial

#### LOS HECHOS

El contexto era el régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 salió un decreto-ley por el cual se concedía amnistía a todas las personas involucradas en hechos delictuosos entre 1973-1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte de Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.

#### RESOLUCIÓN

La Corte falló en contra del Estado chileno, otorgando así responsabilidad internacional.

<u>FRAGMENTOS DEL FALLO</u>
-----------------------------

“La Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad (...). Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado (...). Según el corpus iuris del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda”. “Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía. Leyes de amnistía con las características descritas conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención (...). En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso (...).”

#### CORAZÓN DEL FALLO

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención”.

### CASO MINISTERIO DE RR.EE. (FONTEVECCHIA Y D'AMICO VS. REPÚBLICA ARGENTINA)

#### HECHOS

Los hechos del presente caso se relacionan con dos publicaciones consignadas en una revista el 5 y 12 de noviembre de 1995, donde se vinculaba al entonces Presidente de Argentina, Carlos Menem, con la existencia de un presunto hijo no reconocido por él. Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico son periodistas que se desempeñaban como editores en dicha revista.

El señor Menem demandó civilmente a la editorial de la revista así como a Jorge Fontevecchia y Hector D'Amico. El objeto de dicha acción era obtener un resarcimiento económico por el alegado daño moral causado por la supuesta violación del derecho a la intimidad, consecuencia de las publicaciones de la revista. Adicionalmente, se solicitó la publicación íntegra de la sentencia a cargo de los demandados en dicha revista.

En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por Menem. La sentencia fue apelada y en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y

condenó a la editorial y a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a pagar la suma de la suma de \$150.000. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En 2001 la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00. Finalmente, los demandados llevaron el caso a la CIDH.

### FALLO CORTE INTERAMERICANA

La Corte declaró que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en la Convención en perjuicio de Fontevecchia y D'Amico. Además, debía pagar los costos del proceso judicial.

### RESPUESTA DE LA CSJN

La CSJN desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte IDH, se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte Suprema.

La CSJN justificó su negativa diciendo que eso supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, cuando el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales. Además, consideró que revocar su propia sentencia firme implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino, y sustituirla por un tribunal internacional, violando de esta manera los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional.

## EL CASO MINISTERIOS

# UNIDAD 5: TEORÍA CONSTITUCIONAL: RÉGIMEN POLÍTICO, FORMA DE ESTADO, FORMA DE GOBIERNO

## APARTADO A: LA DEMOCRACIA

### RÉGIMEN POLÍTICO ¿DÓNDE NACE EL PODER? ¿CUÁL ES SU FUENTE DE LEGITIMIDAD?

Supone una pregunta ontológica, metafísica, sobre el poder en sí mismo. Le interesa saber la fuente de legitimidad del poder, es decir, la naturaleza u origen del mismo. En este sentido podemos encontrar:

→ DEMOCRACIA • kratos del demos

Su fuente de legitimidad es el pueblo, el consentimiento, la voluntad popular. Se trata del “gobierno de los pueblos”, ya que el poder nace de éstos, fuera del líder. Está asociado a la idea de soberanía popular (concepción del pueblo como una entidad política y fuente originaria de soberanía).

→ AUTOCRACIA • autos kratos

Puede estar en manos de una o varias personas. El poder se rinde cuentas únicamente a sí mismo, se auto-postula, se impone. La legitimidad no está dada por el pueblo sino por características del líder (linaje, fuerza)

No hay un modelo perfecto de democracia o autocracia.

## DEMOCRACIA

Generalmente la comprendemos por el adjetivo y no por el sustantivo. Al decir que el Estado es demoratico, en común, entendemos que no hay una imposición autoritaria de una preferencia, el gobierno es del pueblo y por lo tanto opera una regla de las mayorías.

1) Noción politológica → Poliarquía de Dahl.

2) La noción de democracia clásica en su raíz histórica asociada al autogobierno no es solamente visible a través de las lentes politológicas sino también con las lentes normativas:

Hubo democracia cuando, en el entendimiento de esa regla práctica, se supone que el pueblo (soberanía popular), al ser una masa indescifrable únicamente puede actuar y decidir si los sujetos son libres e iguales. Hay una adjudicación de cierta calidad esencial para la aplicación del caso, en cuanto no hay democracia donde decide quien más sabe, sino cuando decidimos todos y se aplica el principio y la regla de la mayoría. Supone la idea democrática que el voto vale igual para todos, no hay distinciones.

- Fenoménicamente la democracia supone un mecanismo sin sustancia.

## DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

- El artículo 1 de la CN no habla de forma de gobierno. El lenguaje técnico identifica que en realidad se habla de la forma de Estado (federal) y el régimen político (republicano, representativo).
- El artículo no habla de "democracia". Pero en ese momento la palabra “democracia” tenía connotación negativa (Aristóteles: forma impura de República). Pero sí proponen un sistema republicano representativo, que se relaciona con tres elementos:

1. PUEBLO: Entidad política que es fuente originaria de soberanía, de allí el carácter democrático del gobierno instituido.

2. PARTIDOS POLÍTICOS: Existen por y para garantizar la democracia representativa (no al revés)

3. SUFRAGIO: Base de la organización del poder. Es un derecho de todos los ciudadanos a formar parte del cuerpo electoral y, a través de este, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la nación. Es además, un modo de ejercicio de la soberanía (autogobierno). De allí la importancia de la elección de representantes por el cuerpo electoral sobre la base de la representación libre.

La idea democrática la asociamos al criterio régimen político (referida a la naturaleza del poder) y el preámbulo nos da esa referencia cuando dice “nos los representantes” (fuente de la legitimidad).

Si la CN optó por ser una república. Esta fue la contracara de la monarquía.

## TIPOS DE DEMOCRACIA

1. DEMOCRACIA SCHUMPETERIANA → Se cree en la democracia elitista o elitizada. Se exalta la idea de una democracia representativa, donde la representación es el único medio que permite evitar que ciertas mayorías entendidas como facciones podían imponer sus intereses a la minoría. Se afianza un miedo a las mayorías o a las muchedumbres.
- ARTÍCULO 22 CN (principio de la CN de 1853) → “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”.
2. DEMOCRACIA LIBERAL → Supone contenidos tan importantes que ni siquiera las mayorías puedan contener o disponer. Es decir, hay ciertos límites. Por ejemplo bajo la noción lockeana de derechos naturales o que estén contenidos en la Constitución respecto al contenido de la elección de representantes y la representación de los intereses.
3. DEMOCRACIA POPULAR/MAYORITARISTA → Se concibe que no hay en términos constitucionales una visión normativa, es decir, no comprende la idea de la Constitución como una norma.
4. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA/SOCIAL → Es la noción propia del republicanismo y los clásicos. Entendía que la soberanía era no representable e inajenable. Va más allá (Rousseau) de votar cada cuatro años.
5. DEMOCRACIA DELIBERATIVA → Concibe que no basta sólo la participación. En el sentido que el kratos es del demos - gobierno del pueblo- por lo que requiere instancias donde la participación y el debate aseguren que haya decisiones donde se involucren los intereses colectivos y plurales.
- Se espera que se obtendrán mejores soluciones porque debatimos y discutimos.
- Nuestras preferencias transmiten el producto de esa deliberación. Aquí subyace la noción clásica y aristotélica de “apetecemos algo de lo que deliberamos”.
- La mayorías cuando operan de modo deliberativo (óptimamente) son menos propensas a errar, tienden a decidir correctamente en términos morales y epistémicos.
- En la política, nadie es mejor juez que uno mismo (sabemos lo que nos conviene). Es decir, no hay nadie que tenga el conocimiento de decirle a uno mismo lo que le conviene. Esto es porque las personas hacen política, y por lo tanto estas son las mejores en juzgar lo que a cada una le conviene. Noción clásica de la política como el arte de los hombres libres.

## APARTADO B: FORMAS DE ESTADO ¿CÓMO SE DISTRIBUYE EL PODER EN EL TERRITORIO?

Si se analiza la manifestación del Poder en un determinado territorio con habitantes, se habla de Forma de Estado. Si quiero ver la foto tengo que ver **cuántos centros de poder** hay dentro de ese territorio y debo indagar que tipo de calidad o **cualidad tiene dicho poder**. Para poder reconocer casos diferentes de forma de Estado,

hay que estar atento a con qué tipo de lente tengo que estar viendo el fenómeno, en este caso, como se manifiesta ese poder en el **lente politológico**.

Aquí la pregunta es **¿Cuántos centros de poder (centros territoriales de decisión política) hay, que cualidad tienen y cómo se comportan?**.

- Según la **cantidad** de centros puede haber:
  - un solo centro de poder
  - múltiples centros de poder.
- Según la **cualidad** del poder puede ser:
  - soberano
  - autónomo.
- Entre autonomía y soberanía hay una diferencia cualitativa, y no cuantitativa.

Respecto al tema de la descentralización y desconcentración, el federalismo es una técnica de descentralización pero hay federaciones con una alta concentración por varios factores como por ejemplo; la densidad demográfica. Es una diferencia cualitativa porque por ejemplo en Argentina hay una federación pero también hay una gran concentración de poder (control las telecomunicaciones, los aeropuertos, el contralor de aeropuerto por parte de Buenos Aires).

- Dependiendo de la **cantidad** de centros de Poder y su **cualidad**, puede haber;
  - ➔ **Forma Unitaria o 1CPS:** donde solo hay un centro de Poder y es Soberano. Aquellos países donde en sus territorios vemos un solo centro de poder que se expresa para arriba y también para abajo.
    - Puede haber casos, como en Francia donde existe un único centro de poder político pero hay una gran descentralización y desconcentración en los municipios.
  - ➔ **Forma Federal o MCPA:** donde hay múltiples centros de Poder, uno Nacional y los otros subnacionales. Estos últimos no son Soberanos, sino autónomos, es decir, pueden darse su propia Ley. El federalismo si bien es una técnica de descentralización del poder, esto no quiere decir que el poder no esté efectivamente concentrado o desconcentrado. Aquí los centros de poder subnacionales de naturaleza política (no meramente administrativa) tienen la capacidad de dictar su propia Constitución, sus leyes y elegir sus autoridades (autos/nomos). Como en Argentina, donde hay constituciones provinciales. Aquí también podemos aplicar la definición formal de la Constitución; si hay una C, hay un orden jurídico subnacional y un Estado subnacional.
    - En palabras de Pedro J. Frías, se reconocen parte de una “unión indestructible de Estados indestructibles”. Las provincias son personas jurídicas de existencia necesaria, no pueden desaparecer como simples empresas y tampoco se pueden separar.
    - Los poderes autónomos son mónadas políticas, no son meras circunscripciones. Es decir, hay un ejercicio político en la determinación de las normas y la selección de los gobiernos.

→ **Forma Confederal o MCPS**, en donde los múltiples centros de poder soberano en el territorio. Comparten un espacio común, una Asamblea o Dieta (no Congreso), en donde no existe Supremacía sino que estos poderes soberanos se reservan dos competencias (o derechos) significativas por Constitución o los pactos que forjan esa unión:

- ◆ Nulificación: es la facultad de los Estados confederados de repeler o no aplicar leyes que sanciona una Dieta. Esto no puede suceder en el Estado federal por el principio de supremacía.
- ◆ Secesión: por lo que la unión es destructible. El derecho de secesión es la facultad de separarse, es decir, como los Estados conservan la soberanía pueden retirarse.

En la Dieta se reúnen representantes de estos Estados confederados dentro del espacio geográfico. Es una asamblea de representantes que se asemeja a una asamblea internacional con representación igualitaria. Es decir, no es como el Congreso federal donde hay una cámara con ratio entre la cantidad de electores y entre la cantidad de representantes. Todos los Estados miembros toman decisiones que importan al Estado confederado. Aquí el principio de supremacía no cuenta.

No nos interesa tanto la forma confederal, hay muy pocos.

Para entender el fracaso y la baja calidad institucional en Argentina, es importante saber que el proyecto constitucional federal no se cumple. Un claro ejemplo es la ley de coparticipación federal que no ha sido aplicada efectivamente hasta el día de hoy. Hay que analizar cómo funciona el Estado argentino de forma vertical y horizontal. Hay relaciones de poder a nivel horizontal y vertical que tienen que ser analizadas, no se puede hablar seriamente si no conocemos la historia y cuales son las normas y las reglas que distinguen al Orden Constitucional Federal en la Argentina.

Históricamente Alberdi quería una federación centralizada. Su gran preocupación era crear un Estado nacional, y para ello era necesario darle mucho poder y competencias por ley al Ejecutivo en desconfianza de las elites locales (tras guerras y conflictos internos), que a lo largo de la historia desembocó en un proceso degradado que es el hiperpresidencialismo. Otro ejemplo es que en Argentina es materia delegada la sanción de los Códigos de fondo (uno solo), Alberdi creía que eso iba a primero un desarrollo más equilibrado. Este proyecto suponía crear al Estado Nacional, pero no había un sentimiento de nacionalidad.

**La forma de Alberdi fue exitosa, porque fue un país pujante hasta 1930. Se cumplió el programa de la generación del 37 y las bases de Alberdi. Pero si vemos en el tiempo, luego de los golpes militares, el hiperpresidencialismo que forma parte de una distorsión de la forma de gobierno ha afectado no solo a las relaciones verticales sino también horizontales.**

El presidencialismo imperial ha roto;

- 1) el equilibrio y división de poderes → nivel vertical
- 2) las provincias no pueden resistir o están invitadas a encolumnarse de una manera inadmisibles con el poder de turno → nivel horizontal.

En el Estado Argentino, los procesos de integración internacional se rigen bajo el artículo 75 inciso 24;

### **ARTÍCULO 75 INC. 24**

(Corresponde al Congreso) Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

El artículo 75 inciso 24, habla del alcance, características y requisitos de **tratados de integración**. Estos son tipos particulares de tratados internacionales que permiten exportar competencias al exterior, tratados que delegan competencias y jurisdicción en organizaciones supranacionales. De allí que estén enmarcados en lo que se conoce como Derecho Supraestatal o Comunitario. Este tipo de tratados permiten relaciones de reciprocidad, que siempre se darán en condiciones democráticas (no pueden hacerse bajo condiciones de dominación, sino que es requisito tener un acervo cultural común, que es la democracia).

- No hay delegación de soberanía.
- Los tratados deben respetar el orden democrático y los derechos humanos sino sería inconstitucional. También sólo son constitucionales si son firmados en condiciones de reciprocidad e igualdad.
- Los tratados de integración en el primer o segundo paso siempre requieren la aprobación con mayoría absoluta sobre la totalidad de ambas cámaras.
- Los tratados de integración con Estados de AL requieren un solo paso que es la aprobación mencionada anteriormente. Los tratados con otros Estados requiere dos pasos; el primero es una declaración de la conveniencia por parte del Congreso con el voto de la mayoría absoluta sobre los presentes de cada Cámara y el segundo es la aprobación con una mayoría absoluta sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara luego de los 120 días del acto declarativo. La denuncia es igual para ambos tratados.

### **EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN**

- **ZONA DE PREFERENCIAS ECONÓMICAS:** un grupo de países se reconocen entre sí una rebaja o quita en los aranceles de importación para los productos originarios de las zonas y en relación con los del resto del mundo. La formación de zona de preferencias económicas es la forma inicial pero sólo en algunos productos.

- **ZONA DE LIBRE COMERCIO:** un grupo de países que eliminan entre sí los aranceles aduaneros de importación de todos los productos y otras trabas que afectan el flujo comercial de los productos originarios de la misma, rigiendo para el resto los respectivos aranceles nacionales.
- **UNIÓN ADUANERA:** Es una zona de libre comercio (liberación del comercio intrazonal de productos originarios de la zona) y junto al afianzamiento de un arancel externo común aplicable al resto de los países.
- **MERCADO COMÚN:** Es la libre circulación de capitales, bienes, servicios y personas (lo que quería ser el MERCOSUR).
- **UNIÓN MONETARIA:** existencia de una única moneda y de un único banco central

## SÍNTESIS DE LA EXPERIENCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

La UE comienza a gestarse a fines del '50 con la firma de los tratados de Roma (1957), aunque nace definitivamente en 1992. El proceso de integración intentó alcanzar su máxima expresión en 2004, firmándose un tratado estableciendo una Constitución para Europa, pero fracasó cuando Francia y Holanda (países fundadores) rechazaron mediante referéndum popular su aprobación.

En 2007 se firmó el Tratado en Lisboa. Mantenía el contenido del texto del Tratado Constitucional y entró en vigencia en diciembre de 2009. Hoy la UE cuenta con 28 miembros.

## EL MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual en fases posteriores se han incorporado Venezuela\* y Bolivia, ésta última en proceso de adhesión.

Sus idiomas oficiales de trabajo son el español y el portugués. La versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión. A partir del 2006, por medio de la Decisión CMC N° 35/06, se incorporó al guaraní como uno de los idiomas del Bloque.

El MERCOSUR es un proceso abierto y dinámico. Desde su creación tuvo-

Hay Estados Partes: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela. El Estado Plurinacional de Bolivia cuenta con un estatus especial de “Miembro en proceso de adhesión” con derecho a VOZ, pero sin VOTO.

Son Estados Asociados al Mercosur: Chile (1996), Perú (2003), Colombia (2004) y Ecuador (2004).

En 1998, se aprobó el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático, que asigna fuerza normativa a la cláusula democrática y suspende del bloque a los Estados signatarios que no respeten los preceptos democráticos.

Hay dos tipos de sanciones:

- abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración,
- hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

## **OBJETIVOS**

- Libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas (objetivo común principal, pues define que es un mercado común)
- Arancel común hacia afuera
- Coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales.
- Armonizar las legislaciones internas con la normativa del MERCOSUR

## **ESTRUCTURA**

Según lo establecido en el Artículo 1° del “Protocolo de Ouro Preto” sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, los órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental del MERCOSUR son: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Los órganos con capacidad decisora (art1) de naturaleza intergubernamental:

- Consejo del mercado común: actualmente lo precede Argentina. Es el órgano supremo que conduce políticamente al MERCOSUR. Está formado por los ministros de relaciones exteriores y los presidentes de los Estados y se reúnen cada seis meses. El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común.

Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores; y por los Ministros de Economía, o sus equivalentes de los Estados Partes. Se reúne todas las veces que lo estime oportuno, debiendo hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los Presidentes de los Estados Partes.

Para el cumplimiento de sus funciones el CMC cuenta con órganos o foros dependientes como son: la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR, Reuniones de Ministros, Grupos de Alto Nivel, entre otros.

- Grupo del Mercado Común: El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR. Está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos, entre los cuales deben constar obligatoriamente representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de los Ministerios de Economía o equivalentes y de los Bancos Centrales.

Se reúne en forma ordinaria o extraordinaria. Las reuniones ordinarias se realizan en forma alternada en los Estados Partes, en fechas a convenir, por lo menos, una vez cada tres meses. Las reuniones extraordinarias se realizan en cualquier momento, a solicitud de cualquier Estado Parte en lugar a convenir. La Decisión CMC N° 24/14 estableció la estructura actual dependiente del Grupo Mercado Común y los criterios generales que orientan la creación de futuros órganos que queden comprendidos bajo su órbita. En este sentido, determinó que la estructura del GMC está integrada por las siguientes categorías de órganos: Grupos, Subgrupos de Trabajo, Grupos Ad Hoc y Reuniones Especializadas.

El Grupo Mercado Común se **pronuncia** mediante Resoluciones, las cuales son obligatorias para los Estados Partes.

- Comisión de comercio del MERCOSUR : se ocupa de las políticas comerciales, administra elementos comunes. Es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el

funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países.

Está integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado Parte y es coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Se reúne por lo menos una vez al mes o siempre que le fuera solicitado por el Grupo Mercado Común o por cualquiera de los Estados Partes.

La Comisión de Comercio del MERCOSUR cuenta con la asistencia de órganos o foros dependientes, denominados “Comités Técnicos”, para el cumplimiento de sus tareas.

El Mercosur es un proceso de integración intergubernamental, cada Estado tiene voto y las decisiones deben tener consenso de las partes porque luego se va a hacer ley dentro de cada legislatura interna de los países. Si algún país no la toma, la decisión no es vinculante. No hay órgano que dicte una norma y sea vinculante para todos los Estados inmediatamente.

Los órganos decisores tienen normas:

- Un órgano decisorio toma una decisión y que se haga una norma.
- Luego cada Estado debe incorporar a su normativa interna.
- Cada estado notifica a la secretaría del MERCOSUR la incorporación.
- Una vez que todos los Estados parte la incorporaron, la secretaría hace una notificación.
- La norma se vuelve vinculante a los 30 días que la secretaría comunica la incorporación.

Hay otros órganos que no toman decisiones como:

→ **El Parlamento del MERCOSUR** “parlasur”: creado en 2005, no dicta normas, y sus representantes fueron elegidos por voto popular. Se fija la cantidad de parlamentarios cada vez que se adhiere un Estado. Tiene su propio reglamento, tienen 10 sesiones plenarias por año en la sede de Montevideo o pueden reunirse más veces por solicitud de cualquiera de los estados parte.

A su interior tiene 10 comisiones divididas por temática, los parlamentarios se dividen las comisiones.

Actividades que realiza el Parlasur:

- Dictamen: opina sobre normas tomadas por el CMC antes de la aprobación de un Estado o más.
- Proyecto: proposiciones de norma para el CMC
- Anteproyecto: proposiciones para la armonización de las legislaciones internas de los Estados parte.
- declaraciones: sobre asuntos de interés público del MERCOSUR
- recomendaciones: sugiere decisiones a los órganos decisores
- Informes: estudios sobre temas específicos que permiten tomar decisiones.
- Disposiciones: normas para si mismo
- Solicitud de opiniones consultivas: al tribunal permanente de revisión.

→ **Secretaría del MERCOSUR:** es un órgano administrativo y técnico integrado por profesionales en Montevideo. Realiza estudios sobre cuestiones de interés en el MERCOSUR que sirve para los órganos decisores. También recopilan antecedentes sobre una temática.

Cada seis meses se revalúa un informe sobre la evolución del proceso de integración, que luego será debatido en el Consejo.

Va analizando si las decisiones de los distintos órganos son compatibles (tarea técnica).

Su tarea administrativa se basa en recibir notificaciones y notificarlas.

→ **El tribunal permanente de revisión:** su función es resolver los conflictos. Primero se somete a un tribunal arbitrario para el caso. El TRP puede revisar la decisión, es el encargado de emitir opiniones consultivas a pedido del Parlasur y los Estados. No toma decisiones sino resuelve conflictos llevados por los Estados al TRP. Su decisión es la final para ese conflicto.

El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, en su artículo 24, dispone que el Consejo del Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes.

## APARTADO C: FORMAS DE GOBIERNO ¿QUIÉN EJERCE EL PODER Y CÓMO LO HACE?

### FORMA DE GOBIERNO

Implica una pregunta diacrónica y relacional, haciendo un análisis en el tiempo entre las distintas instituciones, buscando analizar la mecánica del poder, como se manifiesta y percibe en el tiempo; cómo se distribuye el poder entre los poderes básicos.

#### → **SISTEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES O SISTEMA PRESIDENCIALISTA**

Hay una clara división entre las funciones del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

- Las jefaturas de Estado y de gobierno corresponden a la misma persona, al Presidente, titular del Poder Ejecutivo.
- En este Sistema hay una doble legitimidad del Gobierno, ya que el voto popular elige al Presidente y a los legisladores, por ello, el Poder Ejecutivo no depende del Parlamento, sino que cumple un mandato fijo elegido por el Pueblo.
- El Poder Legislativo sigue siendo el poder más político, el más importante y de mayor poder.
- El Poder Judicial tiene un papel más importante que en otros sistemas, es más independiente ya que logró transformarse en un poder del Estado en el control de constitucionalidad e incluso en algunos sistemas en la adjudicación de derechos.

Aquí en su sistema de partidos, **las alianzas se hacen para ganar el poder.**

Ejemplos: Estados Unidos, Argentina, y otros países de Latinoamérica.

## → SISTEMA DE COLABORACIÓN DE PODERES O PARLAMENTARISTA

La división no es tan clara entre los Poderes, hay una sola fuente de legitimidad fundante que está en el Poder Legislativo, el Parlamento, este es la espina dorsal del orden legítimo.

Los demás tienen un papel de colaboración con éste. No es que no haya división de poderes, pero es más marcada en los de separación.

Hay distinción entre la Jefatura de Estado, que por lo general lo tiene o un monarca o un presidente, y es un término simbólico (cuando cae el gobierno, no hay vacío de Poder, sino que el Jefe de Estado lo tiene), y la Jefatura de Gobierno que la tiene el Primer Ministro elegido por el Parlamento. El jefe de Estado representa simbólicamente la unidad de la nación, se forma protocolarmente el gobierno al frente de ellos.

El Parlamento forma al Poder Ejecutivo, por lo que forman un mismo cuerpo. El Poder Ejecutivo surge de la confianza del Parlamento.

Por lo general, en estos sistemas el Control de Constitucionalidad está a cargo de un Tribunal Constitucional por fuera de esa estructura de poder (independiente), por lo que el Poder Judicial es mucho más débil y menos independiente ya que son partes de la administración y no ejercen el control disperso de constitucionalidad, son designados políticamente.

Aquí el modelo o sistema de partidos es más rígido, pero sin embargo tiene institucionalmente mayor flexibilidad. En estos modelos de colaboración de poderes, las alianzas se forjan dentro del Parlamento, a veces se especulan afuera pero **la alianza es para gobernar**, es decir, hay **acuerdos cooperativos**. El Parlamento es quien lleva adelante el gobierno, tras la dirección del primer ministro o canciller que lidera esas coaliciones con sus colaboradores o ministros.

Ejemplo, UK y más claro en Francia.

## → SISTEMA DE CONFUSIÓN DE PODERES

No hay división de poderes. Encontramos formas constitucionales en dumas o asambleas. Por lo general son regímenes políticos autocráticos.

Ejemplo: URSS

Pero también, hay otros dos casos:

## → HIPERPRESIDENCIALISMO - PRESIDENCIALISMO IMPERIAL - SISTEMAS DE PREPONDERANCIA PRESIDENCIAL

Es un sistema distorsionado, en el cual se rompe el equilibrio y distorsiona los presupuestos originales de la división de Poderes y hay un avasallamiento por parte del Poder Ejecutivo (diferencial de poder) frente a los otros poderes. El Poder Ejecutivo pasa a ser el poder hegemónico por diversos factores, para ello hay que prestar atención a la Constitución material.

- Es una deformación del presidencialismo en donde el Parlamento declina su poder y preponderancia ante la figura del presidente, actuando como una escribanía, y el Poder Judicial es muy débil.
- Es común en países de Latinoamérica, debido al intento de copiar el modelo norteamericano.
- Es una figura pletórica que a menudo también pasa en las formas de gobierno a nivel subnacional (gobernadores e intendentes)

Por ejemplo: En Argentina suele pasar cuando el presidente suele ser también el presidente del jefe del partido político o cuando al

## → MODELOS HÍBRIDOS

Por último, hay sistemas híbridos, que surgen a partir de la V República Francesa, y buscan un punto medio entre el parlamentarismo y el presidencialismo, llevando a una cohabitación de poderes. El argumento es que trata de traer las fortalezas de los sistemas originales pero también está el peligro de traer sus vicios al alterar los presupuestos que impactan en el funcionamiento y en algunos objetivos que los presidencialismo o parlamentarismos logran.

- Puede ser Semipresidencialista, y se encuentra en el paradigma de la división.
  - El Poder Ejecutivo es ejercido tanto por un Presidente de la República (elegido por voto directo), como por un Primer Ministro (elegido por el Poder Legislativo). Ambas figuras poseen igual autoridad dentro de las decisiones de gobierno, presentándose un Estado bicéfalo, o un Poder Ejecutivo dual.
  - Cuando el partido del Presidente tiene mayoría en el Parlamento, su poder se amplía, acercándonos al hiperpresidencialismo. Cuando pasa lo contrario y pierde el partido del Presidente, se realza mucho más el papel del Primer Ministro.

Ejemplos: Francia, Portugal.

El caso francés por muchos politólogos era entendido como un sistema mixto o de dos motores; por los turnos electorales se permitía que hubiera lo que Sartori define como un caso de brujería constitucional: porque es la cohabitación lo que hacía factible que un presidente tuviera un primer ministro de otro partido. Al ser semipresidencialista, el presidente francés es electo por el pueblo, por eso la legitimidad del presidente es fundamental ya que por ello aun en los casos de cohabitación conserva muchas competencias en materia de relaciones exteriores y también en materia de defensa. No es solo un presidente simbólico aunque sea solo el Jefe de Estado.

- En el Sistema Semiparlamentarismo, que se encuentra en el paradigma de la colaboración.
  - Principalmente parlamentario, el Poder Legislativo es el más importante, pero también coexiste con un Jefe de Estado elegido por elección popular.
  - La diferencia es que el Presidente designa al Primer Ministro, quien es fundamental porque debe tener tanto buenas relaciones con el presidente como con la mayoría del Parlamento para que el Gobierno funcione de manera efectiva (ejemplo: Finlandia).

Las crisis políticas en España o Inglaterra (modelos parlamentarios), por ejemplo, son resueltas dentro del sistema mediante una mayor flexibilidad porque existen remedios como nuevas coaliciones o mayorías.

En los modelos presidencialistas, el presidente dura hasta el último día en su mandato, en Argentina por ejemplo, porque sabemos lo que sucedió tras los golpes militares, pero vemos a menudo que ante un fracaso de ese gobierno, resultaba en un golpe de estado. Los sistemas parlamentarios no tienen esos problemas porque se convoca a nuevo libre parlamentario, o se disuelve el parlamento para convocar nuevas elecciones → materia de diseño. Los incentivos en el ethos.

En muchos sistemas parlamentarios hay una suerte de amenaza recíproca; la oposición forma parte de la coalición de gobierno, pero si hay una oposición muy empecinada y logra obtener mayorías puede hacer traer el gobierno promoviendo un voto de censura o quitándole la confianza, no hay gobierno sin mayoría parlamentaria. Los acuerdos cooperativos, acuerdos racionales, hacen que mantengamos la confianza en el gobierno. Si pongo paros en la rueda (parlamento) también tengo una amenaza del poder ejecutivo que con apoyo popular puede disolver las cámaras.

En los sistemas semiparlamentarios es posible diseñar formas de cooperación en la gestión política y la obtención de ciertos resultados. Esto es imposible en el hiperpresidencialismo.

### EL HIPER-PRESIDENCIALISMO EN AMÉRICALATINA Y LA LLAMADA PESADILLA DE LINZ

Antecedente presidencialismo vs parlamentarismo, los parlamentarismos tienen mayor estabilidad.

¿quién habla por el pueblo? ¿el congreso o el presidente?

Existe una paradoja, queremos un ejecutivo fuerte, pero lo limitamos en el tiempo por miedo al abuso de poder, lo que afecta a la toma de decisiones, el estilo del liderazgo y las prácticas políticas.

La elección determina ganadores y perdedores para todo lo que dure el mandato, por eso toma importancia la campaña electoral llevado a la polarización del contrario. En un ejecutivo de liderazgo lleva a que no se generen situaciones conciliadoras porque al establecer un diálogo con la oposición vuelve al presidente “débil”.

Durante su mandato el presidente debe hacer lo que ha prometido durante su campaña electoral. Pensando en que puede tomar malas decisiones, no puede pensar en propuestas a largo plazo. En ese sentido el parlamentarismo es mejor porque ofrece más incentivos.

Además en el caso de acefalía presidencial, asume el vice el cual:

- En el caso de ser del mismo partido político que el presidente, puede entenderse que era un simple títere de este.
- También puede ser un vicepresidente que nadie lo había pensado para ocupar ese puesto y que no tenga ninguna capacidad para llevarlo adelante.
- También podría ser parte del partido opositor en cuanto se hizo en pos de que en la forma haya una oposición entre los diferentes partidos.

Akerman se pregunta ¿quién es la voz del pueblo cuando existe doble fuente de legitimidad?

Una respuesta es la pesadilla de Linz: un poder avasalla el sistema constitucional y se instala como único legislador. La segunda es una crisis de gobernabilidad, los presidentes resuelven los problemas por decretos, los legisladores se alivian en sus tareas, luego presidentes posteriores usan estos antecedentes para robustecer aún

más su poder. Llegamos así a un modelo distorsionado desde el lente descriptivo, en el que la separación de poderes se ha roto.

Linz fórmula descriptivamente cuales eran los problemas. Ackerman muestra una metáfora para responder a esa pregunta.

## HIPERPRESIDENCIALISMO

Para que se dé un correcto presidencialismo son necesarias dos condiciones: la separación de poderes y un control entre los poderes basados en pesos y contrapesos. El Hiper Presidencialismo afecta a las dos condiciones en simultáneo (sino no es un hiperpresidencialismo), se arroga facultades de otro, desnaturalizando la división de poderes y se altera el control del Poder legislativo debido a que evade su responsabilidad y no controla.

Hay por ejemplo, una sobre tolerancia al ejercicio abusivo de los DNU, ya que el diseño constitucional no da los incentivos necesarios para respetar la división y el control de poderes. - Algunos autores expresan que son emergencias autoinfligidas. Se plantea la situación de que estamos mal y por ello declaramos emergencia. Luego decidimos mal y entonces declaramos emergencia nuevamente. Nuestras emergencias son una calamidad → da lugar al hiperpresidencialismo.

El poder ejecutivo elegido por el legislativo depende del voto de confianza, debe tener una actitud conciliadora. En el parlamentarismo puede que el Jefe de estado tenga la misma jerarquía que el primer ministro y ambos responden al parlamento.

Otra cuestión tiene que ver con la duración del cargo. El presidente es electo y su mandato dura 4 años. Este tiene que intentar cumplir con lo que propuso que iba hacer. Pero la disyuntiva subyace en el hecho de que el tiempo es muy limitado y eso puede llevar a tomar decisiones malas o apresuradas.

Esto no se da en el Parlamentarismo. El PE necesita del voto de confianza para estar en su cargo por lo que suele pensar más a largo plazo en cuanto si o si necesita negociar con la oposición ya que este llega a tomar el cargo por la decisión del Parlamento, fuente de poder legítima, además teniendo en cuenta que siempre estará presente o siendo el Primer Ministro u ocupando un cargo en el Parlamento porque lo que hay incentivos a que se tomen decisiones en conciliación con la oposición, y a esto viene el hecho a que hay un pensamiento más largoplacista.

Puede pensarse que... El diseño constitucional no está dando los incentivos suficientes para el cumplimiento de la separación de los poderes y los controles. En el ethos pasa algo totalmente distinto. La pregunta es qué incentivo deberá tener el diseño para que esto funcione.

- Algunos autores hablan de cambiar de forma de gobierno a un parlamentarismo.
- Otros dicen que debería ser lograda una forma semipresidencialista (cuestiones de diseño)
- Y otros defensores del presidencialismo dicen que lo que hay que cambiar es la cultura política (valores y creencias de la ciudadanía como de los gobernantes) y recalcan la importancia del PJ en este hiperpresidencialismo, porque este convalidó los gobierno de facto y muchas emergencias inconstitucionales.

# UNIDAD 6: EL ESTADO ARGENTINO. LA REPÚBLICA, LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y EL FEDERALISMO ARGENTINO

## APARTADO A

### LAS RELACIONES INTERJURISDICCIONALES

#### **RELACIONES DE SUBORDINACIÓN (1 Ó 1)**

Se da cuando hay competencias exclusivas o propias de los poderes, y a partir de éstas pueden establecerse también competencias prohibitivas y excepcionales. Transmite la idea de unión nacional: las partes deben ser congruentes con el todo.

Implica generalmente una subordinación de todo el orden jurídico al Estado Federal.

Subordinación de ciertos ordenamientos jurídico-político locales a la supremacía federal (artículo 31). Hay que tener en cuenta que esta subordinación no es absoluta: hasta un pequeño municipio está amparado constitucionalmente para reservar su autonomía en ciertos casos, imponiéndose al Estado Federal.

Entonces estas relaciones quieren decir que pensando en el artículo 31 la C le está hablando a las provincias.

Por ejemplo el artículo 75 inciso 28: “Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él”.

#### **INTERPRETACIÓN:**

1) Cuando estoy frente a una competencia exclusiva del orden federal si yo entiendo el ARTÍCULO 31 y el 121 se que hay una relación de subordinación. Si pensamos en lo que decía el ARTÍCULO 75 INCISO 12 (ATRIBUCIONES DEL CONGRESO): “Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...”. Vemos que el dictar los códigos

de fondo son una competencia exclusiva del Congreso Federal. Por lo tanto aquí situamos una relación de subordinación por que es una competencia delegada a la Nación conforme al ARTÍCULO 121.

- Esto nos permite entender comparativamente con lo que sucede en EE.UU. En este país en cada Estado hay diferentes leyes de fondo, no es lo mismo para todos. Por ejemplo: no hay un único código penal (Roe vs Wade).

- Sin embargo en Argentina, sabemos que el procedimiento y los tribunales que aplican esa ley de fondo en la gran mayoría de los casos no son tribunales ni la ley del procedimiento es de la nación federal, sino que son provinciales. Hay distintos procedimientos porque son competencias no delegadas (artículo 121 CN). En el artículo 75 inciso 12 se dice que el Congreso debe dictar los códigos de fondo pero no los de procedimiento para aplicar la ley común, por ello la estructura del poder judicial. Estas son competencias excluyentes porque la Nación no puede hacer el código de procedimiento de las provincias, y estas no pueden hacer el de la Nación.

- Cada provincia legisla el código de procedimiento pero también es notable que los tribunales, quien interpreta la ley que fue hecha por un órgano federal (el Congreso), son tribunales locales. Cuando se aplica ese Código penal, civil, etc, generalmente, son los tribunales locales en última instancia el poder superior de la provincia quien decide sobre los conflictos cuando aplican un código hecho por el poder legislativo. ¿Por qué pasa esto? → porque es una competencia no delegada, porque no delegaron la interpretación.

-En principio todas esas normas cuando está involucrado el derecho común, el tribunal superior de la provincia es la máxima instancia que va a resolver ese caso por más que la ley la haya hecho el Congreso aplicando el Código Civil. Es un fenómeno de desnaturalización. Quienes deciden y resuelven los conflictos, es el máximo tribunal local, por eso el 75 inciso 12 nos advierte de tener cuidado de no alterar las jurisdicciones locales según las personas. Lo más importante es que hay relaciones de subordinación que yo no puedo dictar sustantivamente la ley de fondo, que es materia de competencia exclusiva de la Nación.

<p><b>RELACIONES DE PARTICIPACIÓN (1+1=1)</b></p>	<p>Se da cuando hay competencias compartidas: es necesario que se sume la voluntad de dos órdenes distintos para lograr un objetivo constitucional particular. Implica el reconocimiento de que en alguna medida las provincias colaboran en la construcción de decisiones del gobierno federal.</p> <p>Ejemplos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❑ Coparticipación: Requiere acuerdo de las provincias y a la sanción de una ley nacional</li> <li>❑ Senado: Representa el equilibrio de Estado pequeños y grandes, defendiendo sus intereses en un pie de igualdad y colaborando con el gobierno legislativo. Estas competencias han sido auto-delegadas por las provincias a partir de la CN.</li> </ul> <p>La C ha diseñado relaciones de participación que para el resultado constitucional (1) es necesario la suma de ambas voluntades de ambas jurisdicciones que autónomamente tienen que sumarse sino no habrá resultado constitucional.</p> <p>Las relaciones de participación significa que no hay una jurisdicción que domina y que decide lo que va a pasar y que las demás tienen que subordinarse y aceptar el resultado, sino que la C prevé que para algunos resultados por ejemplo para federalizar el territorio como el traslado de la capital (para que se produzca la debe haber una ley del congreso y aceptación del poder más político que es al legislatura del poder provincial) como el derecho intrafederal en materia de coparticipación federal es necesario la sumatoria (1 + 1).</p>
<p><b>RELACIONES DE COORDINACIÓN (1 Y 1)</b></p>	<p>Se da cuando hay competencias superpuestas (concurrentes). Contamos con dos poderes con capacidad de hacer lo mismo, y ninguno requiere de la aprobación del otro para hacerlo. Las competencias concurrentes hablan de una disyunción inclusiva, la C puede admitir que tanto el orden federal como el provincial tenga competencias que se solapan en una misma materia. Por eso son concurrentes, es decir, ambas jurisdicciones pueden hacer lo mismo.</p> <p>Al superponerse las competencias, muchas veces se pierde la posibilidad de coordinación. Cuando esto se logra, es porque establecemos objetivos comunes y logramos no duplicar el esfuerzo, creando políticas públicas más eficientes, con poderes trabajando juntos porque son conscientes que llegarán a mejores resultados. Por ejemplo: Tanto la nación como las</p>

provincias pueden fomentar el desarrollo económico nacional de manera autónoma e independiente.

Si hay competencias concurrentes eventualmente si hay conflicto o no hay coordinación prevalece el artículo 31 → el concepto de supremacía.

Ejemplos → colegios normales, universidades nacionales y provinciales, hospitales nacionales, pero también instituciones de salud provinciales.

- Hablamos de relación de coordinación cuando hay competencias concurrentes ya que la C supone un proyecto de política (fundamentos políticos). Alberdi decía que la C es como la carta de navegación, los puertos, y la hoja de ruta de asegurar los beneficios de libertad y afianzar la justicia supone que debe haber resultados que sean no solamente moralmente valiosos sino también eficaces y eficientes.

- Cuando hay competencias que se solapan lo que la doctrina de la C entiende es que es fundamental la coordinación.

Cada uno podría hacerlo todo, no es como la de participación que es necesario que los dos se pongan de acuerdo para que se dé un resultado o la de subordinación donde uno prevalece sobre el otro. La idea es que se pongan de acuerdo en hacer algo que pueden hacer los dos.

## DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER Y LOS PROCESOS CENTRÍFUGOS

En el último tiempo, hemos presenciado un nuevo fenómeno dado a partir de dos hechos: por un lado, el desarrollo de tratados internacionales que implican transferencia de competencias más allá del Estado y que lo afectan a nivel interno, y por el otro la dispersión de la toma de decisiones en el ámbito local para llevarlas en manos de los ciudadanos. En este sentido, asistimos hoy a un fenómeno contemporáneo: la descentralización del poder, donde la toma de decisiones se hace muchas veces a partir de:

- **PROCESOS CENTRÍFUGOS:** Cuando las organizaciones supraestatales irrumpen en el derecho interno, importando y exportando competencias en el exterior, con mecanismos novedosos de aplicación de políticas supraestatales.
- **PROCESOS CENTRÍPETOS:** A través de estos, el poder se fue fragmentando a lo largo del territorio (CPCs, alcaldías), buscando lograr la proximidad de la gestión local con los vecinos; nuevas relaciones de la gestión pública local.

Pero hay que tener en cuenta que no todas estas instituciones que se han ido creando pueden considerarse unidades políticas. Para que sean unidades políticas, tienen que tener capacidad de hacer o no hacer algo más allá de la forma jurídica, cuando puede darse una constitución y crear un orden jurídico público (aunque sea según el gobierno federal). Por eso los municipios y las provincias pueden considerarse dentro de este grupo.

No sucede lo mismo con la regionalización (contemplada en la CN) que no repercute o vuelve a la región una unidad política. La región de Cuyo, por ejemplo, no es una unidad política. Los departamentos tampoco lo son, son una división administrativa.

## REGIONES, PACTOS INTERPROVINCIALES Y ZONAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL

**Artículo 124.-** Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

### **REGIONES TERRITORIALES**

El regionalismo es un proceso histórico de decisión política en el que se unen voluntades institucionales en pos de objetivos compartidos, que pueden ir desde la resolución de problemas comunes hasta la integración, creando órganos de la región en los que participen los representantes de los entes jurídicos que acordaron. Este proceso supone la existencia de una región territorial.

#### **REGIÓN TERRITORIAL**

No implica sí o sí cercanía geográfica, no se trata sólo de provincias limítrofes. Tenemos una región porque existen lógicas cooperativas entre las mismas, en aras de planes comunes, lazos interprovinciales, etc. Las regiones no son categorías o unidades políticas, sino que su finalidad exclusiva es la del desarrollo económico y social (su campo es limitado) que implica un sistema de relaciones interprovinciales para la promoción del desarrollo.

Se introdujo con la reforma de 1994 para mejorar el federalismo y la descentralización, tratando de extender la esfera de actuación de las provincias. Crear regiones es competencia y voluntad de las provincias, por lo que el Estado Federal no puede crearlas (sólo puede participar e intervenir en tratados entre las provincias y él, a los fines de la regionalización), y el Congreso tampoco tiene facultad para dictarlas. Lo que sí requiere es el conocimiento del Congreso: el Congreso debe estar informado, aunque no se necesita que lo apruebe. Éste sólo tiene la capacidad de rechazar la regionalización cuando esta exceda sus limitaciones (allí CSJN lo declara inconstitucional, o se realiza una intervención federal).

### **PACTOS INTERPROVINCIALES**

#### **ARTÍCULO 125**

Las provincias podrán celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la

ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Desde los orígenes de la federación argentina, las provincias se reservaron las atribuciones para celebrar tratados parciales con las demás provincias, con fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común. Corresponde aquí señalar lo que ya se expresó respecto a la celebración de convenios internacionales. En estricto sentido, aquéllas no firman tratados, reservados éstos a los Estados soberanos, sino acuerdos particulares con finalidades precisas. Pero, aunque el término empleado es incorrecto, los límites que la Constitución impone a esa competencia disipan toda duda: el art. 126 prohíbe expresamente a las provincias concertar tratados parciales de carácter político. Del mismo modo, el conocimiento del Congreso no implica la potestad de éste de rechazar los acuerdos celebrados por las provincias, aunque puedan haber otros remedios en caso de que los convenios avancen en torno a las facultades delegadas en el gobierno central, como la intervención federal o el control jurisdiccional, en caso de agravio concreto.

## **ZONAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL**

- **TERRITORIO NACIONAL | ART 75 inc 15**

Es competencia del Congreso legislar sobre la organización, administración y gobierno de los territorios nacionales que queden fuera de los límites asignados a las provincias (actualmente no existen, también llamados "gobernaciones")

- **CAPITAL FEDERAL | ART 75 inc 30**

En virtud de esta norma, el congreso continúa reteniendo su carácter de legislatura local de la capital federal. Como la ciudad de Buenos Aires tiene previsto su ya explicado régimen autonómico en el art. 129, mientras retenga el carácter de capital federal el congreso sólo podrá legislar para su ámbito específico con el objetivo bien concreto de garantizar los intereses del estado federal, conforme al citado art. 129.

- **ENCLAVES PROVINCIALES | ART 75 inc 30**

Para los enclaves que tienen naturaleza de establecimientos de utilidad nacional en el territorio, el inc. 30 de legislación necesaria queda circunscrita a los fines específicos del establecimiento, y sobre ellos las provincias y los municipios conservan sus poderes de policía e impositivos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

### **ARTÍCULO 75 inc 30**

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.

## REGLA FEDERAL, PROVINCIAS Y MUNICIPIOS: COMPETENCIAS

### 1. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL GOBIERNO FEDERAL

Entre las competencias exclusivas del gobierno federal podemos citar enunciativamente: intervención federal; declaración del estado de sitio; relaciones internacionales; dictar los códigos de fondo o de derecho común y las leyes federales o especiales, etc. En general, y como principio, la casi totalidad de competencias asignadas a los órganos de gobierno federal por la constitución pueden considerarse exclusivas del estado federal. Paralelamente a estas competencias exclusivas, hallamos en los arts. 126 y 127 las que están prohibidas a las provincias;

#### **ARTÍCULO 126**

Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería [sustantivos], después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

#### **ARTÍCULO 127**

Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley.

### 2. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DE LAS PROVINCIAS

Son las que no fueron delegadas al gobierno federal, y las expresamente reservadas por pactos especiales. Reflejadas en la CN, expresan el dominio originario de los recursos por parte de las provincias, la posibilidad de darse su propia CN, elegir las propias autoridades y crear regiones para el desarrollo económico y social.

#### **ARTÍCULO 121**

Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Donde leemos "poder no delegado por esta constitución" debemos interpretar que la delegación es hecha por las provincias "a través" de la constitución como instrumento originario de formación y estructura de la federación. Son las provincias las que "mediante" la Constitución han hecho la delegación al gobierno federal.

## **ARTÍCULO 122**

(Las provincias): Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

### **EXCEPCIONES A LA AUTONOMÍA**

Podrá verse que las provincias tienen garantizada constitucionalmente su autonomía, pero ésta establece ciertas excepciones:

## **ARTÍCULO 5**

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo y republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

### **→ EXIGENCIAS GENERALES**

1. No atentar contra los principios republicanos: no puede haber unidades soberanas (que atenten contra el federalismo) o dictatoriales. Debe haber publicidad de los actos de gobierno, controles y elecciones regulares.
2. No afectar ni vulnerar los derechos y garantías: son derechos establecidos por la CN (DDHH).

### **→ CONDICIONES PARTICULARES**

1. Régimen municipal: Necesidad no sólo de autarquía sino también de autonomía.
2. Instrucción primaria: Por ley se puede subir, nunca bajar. Es importante educar al soberano
3. Administración de justicia: Creación de mecanismos e instituciones (tribunales) que la garanticen la resolución pacífica de conflictos (Rousseau: “inclinarnos ante la ley para no arrodillarnos ante nadi

## **ARTÍCULO 123**

Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

### **DERECHO INTRAFEDERAL**

ATRIBUCIÓN QUE SE RESERVARON LAS PROVINCIAS EN LA CN, PARA CELEBRAR TRATADOS PARCIALES CON LAS DEMÁS PROVINCIAS, O INCLUSIVE CON EL GOBIERNO FEDERAL

## **ARTÍCULO 124**

Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales [no

tratados] en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.  
Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Según el artículo, las provincias tienen:

- FACULTAD PARA CREAR REGIONES
- FACULTAD PARA CELEBRAR CONVENIOS INTERNACIONALES

Las provincias podrán hacer convenios internacionales pero con ciertas limitaciones, a saber:

1. Que no se afecten las facultades delegadas
2. Que no comprometan la política exterior de la Nación (no pueden ser incompatibles ésta)
3. Que no afecten el crédito Nacional
4. Que se celebren con conocimiento del Congreso Nacional.

- DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES

El ámbito del territorio comprende tierra, aire, mar y subsuelo; y el dominio sobre los recursos allí comprendidos son propios de las provincias, lo que las habilita para percibir tributos sobre ellos y disponer la enajenación y el aprovechamiento de aquellos por sí mismas o en políticas concertadas con el Estado Federal.

### 3. COMPETENCIAS CONCURRENTES

Pertenecen en común al Estado Federal y a las provincias:

#### **ARTÍCULO 75 • INCISO 17**

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

#### **ARTÍCULO 75 • INCISO 18**

Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

## ARTÍCULO 41

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

### 4. COMPETENCIAS EXCEPCIONALES

- COMPETENCIAS EXCEPCIONALES DEL ESTADO FEDERAL

Las que en principio y habitualmente son provinciales, pero alguna vez y con determinados recaudos entran en la órbita federal. Aquí encontramos el establecimiento de impuestos directos por el Congreso, cuando la defensa, seguridad común y bien general lo exigen, y por tiempo determinado (art. 75 inc. 2a).

- COMPETENCIAS EXCEPCIONALES DE LAS PROVINCIAS

Hay competencias excepcionales de las provincias en iguales condiciones. Así, dictar los códigos de fondo o de derecho común hasta tanto los dicte el congreso (art. 126), y armar buques de guerra o levantar ejércitos en caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al gobierno federal (art. 126).

### 5. COMPETENCIAS COMPARTIDAS

Compartidas entre ambos, ya que reclaman para su ejercicio una doble dimensión legisladora. Ejemplo: Prosperidad económica, el bienestar, la propaganda de la industria, la inmigración y el ingreso de nuevo capital.

---

## APARTADO B: ELEMENTOS POLÍTICOS, INSTITUCIONALES Y ECONÓMICOS

### EL SISTEMA RENTÍSTICO Y FINANCIERO SEGÚN LA CN

En el Estado federal, el poder tributario está repartido en dos fuentes: Estado federal y provincias. Cuando hablamos de sistema rentístico, nos referimos a una serie de mecanismos que permiten el funcionamiento de los distintos centros territoriales de decisión política en el país, que como sabemos, son autónomos.

Hay problemas que afectan a las autonomías provinciales que a menudo proceden a procesos judiciales en las Cortes.

Nos hacemos la pregunta de cómo es posible que no tengamos una ley de coparticipación federal, ya que esta es una clave esencial para la administración y que haya políticas públicas plurianuales y responsabilidades por parte de los ciudadanos.

Podemos rastrear este problema hacia atrás en la historia recordando que la crisis en la Confederación Argentina era precisamente porque Bs. As no participó y rechazó integrarse, así mantenían las rentas de la aduana. Todos los recursos venían de los impuestos de importaciones y exportación, por lo que Bs. As era rica y ostentosa mientras que las provincias podían apenas organizarse.

## AUTONOMÍA

Refiere tanto a la capacidad normativa de dictar nuestras propias leyes dentro del dominio subnacional, como al sentido dogmático que tiene en la CN: Dictar mis propios planes de vida, para los cuales necesito recursos. No puedo tener autonomía sin ellos, no soy dueño de mi vida. Esto es algo esencial para hablar de justicia, por eso el artículo 75 promueve el desarrollo equilibrado del país, aunque en los hechos no ocurra. La autonomía significa que como somos seres únicos y ante la inexistencia de derechos absolutos, en condiciones de legalidad y racionalidad podemos desarrollar nuestros planes de vida.

Hace mención a la capacidad de dictar sus normas y elegir a sus autoridades. No debe confundirse con autarquía, que es la capacidad de autoadministrarse, pero siempre conforme a estatutos orgánicos provenientes de un poder superior. Es una palabra que utilizamos para referirnos:

- A. a la libertad positiva y el autogobierno. significa que yo soy artífice de las normas que me gobiernan pero también que es un principio fundamental de los derechos humanos.
- B. a la libertad negativa y el derecho de privacidad. Dentro de la filosofía liberal, la autonomía de la voluntad es la base de la libertad negativa y del derecho de privacidad y de la evitación de interferencias arbitrarias de lo que queramos hacer. Por el principio de reserva de la CN, el Estado ni ningún funcionario tiene el derecho de meter las narices en temas que son plenamente privados.

Hay un horizonte de autonomía de libertad, y debe ser respetado, en un régimen autoritario esto no sucede.

La autonomía comparte esta doble dimensión

- a. en un sentido positivo cuando se vincula con el autogobierno (idea rousseauniana y republicanismo)
- b. y que a menudo entra en tensión con la libertad negativa, la autonomía en sentido negativo.

El derecho constitucional permite saldar, aunque sea transitoriamente, temas que de otra manera solo se pueden resolver mediante la violencia, porque hay inconmensurabilidad epistemológicamente entre las posturas morales.

No se puede ser autónomo sin los recursos necesarios. Lo mismo pasa en este caso con las provincias que a pesar de que entendemos que estas son autónomas respecto a la Nación en la medida que exista una subordinación económica porque no está clara o hay incapacidad en la gestión de los recursos para poder mantener y sostenerse, esa dependencia hace que se vean afectada la gestión de gobiernos, los programas, las promesas electorales.

Aparte la falta de claridad y el no cumplimiento de la ley hace que haya una cierta opacidad que colisiona con las características del republicanismo. Donde por ejemplo en algunas provincias que no recaudan por sí mismas y son más pobres, dependen de una categoría de impuesto y recursos que son los coparticipables, esas provincias en vez de guardar y prever, los dilapida, emplea más empleados públicos porque no hay responsabilidad fiscal.

Decimos que hay opacidad porque si el dinero con el cual yo debo hacer funcionar la administración, hacer la obra pública, amortizar bienes y capital, y pagar la deuda, no lo gestiono yo. Entonces depende de la generosidad y la amistad que tenga el color político del gobierno federal → NO HAY CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Esta manera tan caprichosa de accionar donde hay un interés recíproco porque el gobierno federal subordina y adocena a quien necesita ese dinero, supone una vulnerabilidad. A veces criticamos al Estado Federal que no cumple con sus pactos, pero las provincias suelen hacer lo mismo con los intendentes que no son de su color político, que no cumplen o no se subordinan al poder provincial. La estabilidad social depende del dinero repartido por el orden federal sobre todo en aquellas provincias que no tienen mecanismos para cobrar impuestos y cuentan con altas tasas de corrupción. Básicamente estas no tienen una matriz productiva ni proyectos para financiar industrias privadas ni para potenciar el empleo privado sino que todo funciona con la recaudación pública.

El concepto teórico de autonomía es fundamental para entender un capítulo central del desarrollo de la Argentina. Este capítulo es el federalismo fiscal. Es decir, en la Argentina hay un tema que es muy importante del que nadie se ocupa y tiene que ver con la gestión de recursos, en un país con serios problemas de desorganización económica.

Es necesario afianzar la sana administración en criterios de responsabilidad fiscal a través del empleo de presupuestos plurianuales (de muchos años). En la actualidad no hay un mecanismo para que esa planificación y responsabilidad fiscal suponga en el tiempo obras de infraestructura importantes, y para ello se necesitan presupuestos plurianuales. Se trata de inversiones con un gran impacto financiero y

económico, donde las recompensas son a largo plazo. Acá todo es urgente por lo tanto no tenemos esas grandes obras, se hacen muy esporádicamente.

No hay autonomía sin plata. La ausencia de proyectos y recursos fiscales afecta la autonomía de las provincias, y así sucede también con los municipios respecto de las provincias. Hay un proceso de disciplinamiento y seducción, al no funcionar los mecanismos de “accountability” hay un incentivo para gobernar mal y dilapidación de dinero en cifras siderales. La autonomía, el federalismo y el buen gobierno suponen dinero y recursos fiscales. Estamos hablando de cuestiones que son concretas.

#### **ARTÍCULO 16**

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, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Hay presión de un trato justo e igualitario hacia las personas y los habitantes en general que pasan a ser contribuyentes. En la parte dogmática, el artículo 16 admite que (como en un derecho) la igualdad y la proporcionalidad es un fundamento para que haya un sujeto susceptible de pagar impuestos. Significa que debe haber condiciones de legitimidad (no hay impuesto sin ley → debido proceso), y debe ser sobre bases de criterios de lo justo y lo razonable.

¿Cómo se interpreta lo que es justo?

ARISTÓTELES → en la “Ética de Nicómaco” distingue DOS MODELOS DE JUSTICIA

1. CONMUTATIVA → Quien más trabaja gana más que quien tiene puestos de menor responsabilidad. Es decir, hay una relación de proporcionalidad entre la recompensa o la carga y el hecho imponible.

2. DISTRIBUTIVA → Se entiende que es justo aquello que se distribuye por igual. Hay estándares mínimos que garantizan la dignidad de las personas

Estos criterios de justicia pueden ser el estándar que permita adjudicar recursos para que las provincias puedan hacer frente a sus necesidades. Eso obviamente va a tener especial relevancia con una categoría de impuesto que tiene una naturaleza jurídico constitucional compleja. Estos son los llamados fondos coparticipables.

Habiendo dicho esto, teniendo latente el artículo 16 vamos a tener que distinguir entre lo que son las diversas fuentes para saber que impuesto le corresponde a cada jurisdicción.

<u>COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS</u>		
<u>INTERNOS</u>	El hecho imponible se da fronteras dentro del país. A estos los dividimos en dos categorías. Aquí es radical recordar lo que nos recuerda el artículo 16 respecto a la proporcionalidad y la igualdad. Esta idea aristotélica de justicia distributiva y conmutativa es un criterio aplicable.	
	DIRECTOS	Aquéllos en los que el contribuyente obligado está señalado como "contribuyente de iure" desde que la ley establece el hecho imponible. Son aquellos donde la base imponible tiene que ver con la subjetividad de quien es la persona o ciertas características de las personas . Son por ello impuestos personales o que gravan la capacidad contributiva del sujeto pasivo del impuesto (impuesto a la riqueza, a la ganancia). Cualquier impuesto que tenga que ver con la capacidad económica (cuanto mayor sea la capacidad contributiva mayor será el impuesto), por eso suelen ser progresivos y basados en criterios redistributivos, en función del artículo 16.  EN PRINCIPIO (NORMATIVAMENTE) PERTENECEN A LAS PROVINCIAS.

	INDIRECTOS	<p>Aquéllos en los que el contribuyente "de iure" transfiere la carga fiscal a terceros que, sin ser sujetos pasivos de la obligación, soportan el efecto como contribuyentes "de facto". Gravan la presunta capacidad contributiva. Son impuestos regresivos: No gravan a la persona sino al acto (IVA). Se basa en la premisa de que si consume más es porque tiene más plata. También se podría decir que tiene criterio conmutativo. Es regresivo porque esa presunción no necesariamente es correcta (alguien pobre no quiere decir que consuma menos). Ese razonamiento tiende a ser falso en países como Argentina; el que más consume no es el que más tiene. Más allá del lente sociológico, la intuición es esencialmente problemática. Va en contra del criterio de justicia anterior. La presunción termina castigando a personas sin capacidad de ahorro. Es un impuesto que desincentiva el consumo.</p> <p>SON COPARTICIPABLES.</p>
	<p><b>ARTÍCULO 75 INCISO 2</b>  Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.</p> <p>Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente, ni reglamentada y será aprobada por las provincias.</p> <p>No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.</p> <p>Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición.</p>	
	<p><b>ARTÍCULO 75 INCISO 3</b>  Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.</p>	

<u>EXTERNOS</u>	Se trata de aquellos impuestos relativos al comercio exterior, las aduanas, derechos de importación y exportación (que cedió Buenos Aires cuando se incorporó a la Confederación Argentina y que luego con la reforma de 1966 se crearon para el Estado federal)
	Estos impuestos externos de cualquier naturaleza son IMPUESTOS FEDERALES, es decir le corresponden y cobra LA NACIÓN.
	ARTÍCULO 75 INCISO 1 (ATRIBUCIONES DEL CONGRESO) Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las valuaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

## IMPUESTOS COPARTICIPABLES

A través del régimen de coparticipación federal que nos dimensiona el artículo 75 inciso 2 de la CN se implica una categoría de impuesto que por su naturaleza no le pertenece en exclusividad solo a la nación ni solo a las provincias. Son de ambas jurisdicciones indistintamente. La naturaleza es que el dinero es de ambos. Es análogo a los bienes gananciales en economía privada.

Conmutativo para obtener los recursos, distributivo para asignarlos.

En países capitalistas como en la Argentina en los fondos coparticipables son cada vez mayor la proporción de los impuestos directos que si bien en principio son de las provincias, la Constitución dice (artículo 75 inciso 2) que por tiempo determinado y bajo ciertos criterios: **defensa, seguridad común y bien general del Estado** pueden pasar a ser coparticipables. Lo que parece ser una excepción, se hace una regla. Todo lo que en principio debe ser de las provincias hoy forma parte de los fondos coparticipables.

**Ha habido regímenes de coparticipación antes de que existiera la cláusula constitucional. En este federalismo donde hay diversas monedas que piensan y que necesitan recursos para gestionar sus tareas.** Lo que ha habido son pactos fiscales como con Menem, que acuerdan repartir ese dinero que por su naturaleza constitucional pertenece a las provincias. **NO TENEMOS MECANISMOS PORQUE NO TENEMOS LEY. SI SOY AUTÓNOMO, CON LA PLATA HAGO LO QUE QUIERO.**

La primera ley de coparticipación fue en tiempos de Frondizi. El acuerdo fiscal significaba que los fondos coparticipables estaban divididos de una manera casi muy equitativa. Un 45 % para la Nación, 45 % de la provincia y un 5 % de disposiciones de aportes del tesoro nacional para situaciones de emergencia.

En la actualidad, cerca del 80 % es para el Estado Federal y todas las provincias se quedan con alrededor del 20 %.

### ¿Qué es la coparticipación?

**La coparticipación es un método, mecanismo o dispositivo para percibir, recaudar y distribuir fondos coparticipables, es decir, fondos que no son ni de la nación ni de las provincias en exclusividad. No los municipios no participan de los recursos coparticipables. Son fondos que recauda la Nación pero pertenecen en jurisdicción tanto a la Nación como a las provincias.**

La idea de coparticipación presupone distribuir con dos formas de reparto.

## ¿CÓMO REPARTIMOS LOS FONDOS COPARTICIPABLES?

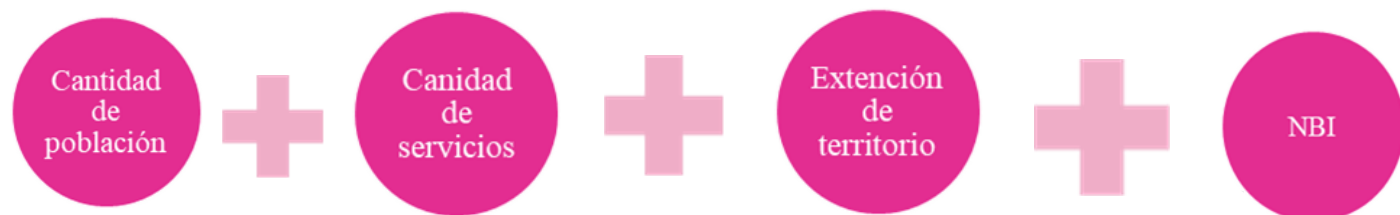
- 1) **REPARTO PRIMARIO** → Es el reparto que se da entre la Nación y las provincias (y CABA),
- 2) **REPARTO SECUNDARIO** → Es el que se da entre las provincias entre sí, es decir lo que le corresponde a cada provincia.

Algunos elementos nos lo otorgan la Constitución, otros debemos pensarlos para la sanción de una futura ley de coparticipación federal.

## FÓRMULAS POLINÓMICAS (para el reparto de recursos)

Hay distintos términos que representan coeficientes cuyo sentido tiene que ver con los criterios comparativos para determinar tales coeficientes.

1. Cantidad de población
2. Extensión del territorio
3. Cantidad de servicios que prestan (principio conmutativo) → Si doy más servicios, es lógico que yo tenga más recursos.
4. NBI (Necesidades básicas insatisfechas) → hay un criterio normativo introducido por el ARTÍCULO 75 INCISO 19. Hay jurisdicciones, donde no se cumplen con estas NBI. La idea de solidaridad y equidad son de los criterios que alimentan este coeficiente y lo justifican. Un diferencial de mayor pobreza, mayores recursos le reparto.
5. distancias



## PAPEL DE CABA EN LA COPARTICIPACIÓN

Aunque no hay dudas de que CABA participa en la distribución de los bienes coparticipables, hay una discusión sobre si debería participar también de las negociaciones y por lo tanto adherir luego a la ley.

LA CABA en esto se diferencia de las provincias, definitivamente no es un municipio porque la coparticipación se reparte entre la nación y las provincias. Ningún municipio los recibe per se, pero CABA que si los recibe (participa de la distribución de la masa coparticipable) no negocia la coparticipación, es decir cuando se haga la ley-convenio no lo negocia y no participa de los acuerdos previos a la sanción de la ley convenio (artículo 75 inciso 2).

Siempre pensemos en los incentivos, si tuviéramos una ley los administradores de provincias podrían tener más incentivos para motivar el cobro de impuestos.

**¿QUÉ DEBE TENER LA FUTURA LEY DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL? - importante para mantener la calidad y el sentido de pertenencia-**

## CARACTERÍSTICAS

1. Es una **ley convenio**, es parte del derecho intrafederal por lo que requiere acuerdos previos entre la Nación y las provincias.
  - Es un alma de contrato y cuerpo de ley.
  - No es una ley que se perfecciona una vez que está publicada y promulgada en el boletín oficial (que puede ser una de esas razones que no la tengamos hoy)
  - Necesita ser aprobada por las provincias. Es decir tiene que salir la ley y la tienen que **concertar** las provincias.
  - Para elaborar la ley es necesaria la **unanimidad**, que todas las provincias acuerden con las disposiciones, y luego de que la ley se sancione en el Congreso, debe aprobarse en las legislaturas provinciales.
  - Quien la sancione debe ser el PL que es el poder más político. Hay que pensar en los incentivos. En escasez, repartir es un desafío.
2. En materia impositiva y en tradición del constitucionalismo, la cámara de origen siempre es la de Diputados porque es la Cámara que representa el pueblo de la Nación. **Sin embargo, como estos son fondos que también son de las provincias y la Cámara del Senado representa al pueblo de las provincias, la cámara de origen de la ley será el Senado.**
3. Debe aprobarse por una **mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.**
  - En los cuerpos colegiados (congreso, legislatura, concejos deliberantes) hay quórum cuando más de la mitad de los representantes están presentes.
4. **No puede ser modificada unilateralmente**
5. **No puede ser reglamentada ni vetada**, si sale la ley como el resto de las leyes no es posible que ésta sea vetada total o parcialmente por el PE. Significa restringir el poder del PE, es decir, como sale la ley se aplica.
6. Debe responder a **criterios de reparto.**
7. Debe respetar **principios de equidad y solidaridad** → Pueden guiarse por criterios de discriminación positiva a fin de ayudar a grupos minoritarios y vulnerables, ayudando al desarrollo de la justicia social
8. La distribución debe estar asegurada, y que la **transferencia de fondos debe ser automática**, para evitar el bloqueo de los recursos usados como herramienta de presión política.

9. La **funcionalidad** → Exige que no se transfieran competencias, servicios o funciones de la Nación a las provincias o a la ciudad de Buenos Aires, sin la correspondiente reasignación de recursos para llevarlo a cabo.

¿Cuáles son los fondos coparticipables?

A. **IMPUESTOS EXTERNOS** (aduaneros) → son cobrados por el Estado federal según lo expreso en el ARTÍCULO 75 INCISO 1 → NO SON COPARTICIPABLES

B. **IMPUESTOS INTERNOS** (según lo dicho en el ARTÍCULO 75 INCISO 2)

- **DIRECTOS** → normativamente pertenecen a las provincias
- **INDIRECTOS** → son **CONCURRENTES**. Los puede cobrar el Estado Nacional y las provincias en su ámbitos respectivos.

FONDOS COPARTICIPABLES → son los concurrentes, es decir, los impuestos internos indirectos. Pero excepcionalmente bajo 3 criterios los impuestos internos directos los puede cobrar también el Estado Nacional (artículo 75 inciso 2).

“Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la **defensa, seguridad común y bien general del Estado** lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables” → las puede cobrar excepcionalmente, si se cumple alguno de los tres criterios, no necesariamente de manera concomitante.

**Desde el PLANO DESCRIPTIVO: los impuestos directos internos los cobra el Estado, por la amplitud de esas categorías. Es decir, es una excepción que se vuelve norma.** Esa excepción normativa se volvió norma en el plano descriptivo ya que quienes deberían por regla cobrar los impuestos directos internos son las provincias.

¿Excepción de la excepción? → Cuando los cobra el Estado Nacional son coparticipables, pero también hay excepciones.

Se da el caso de que hay un impuesto interno directo que lo está cobrando el Estado nacional excepcionalmente por estos 3 criterios y por un tiempo determinado, **pero si se le da una asignación específica, deja de ser coparticipable.**

Los impuestos internos directos son coparticipables cuando excepcionalmente los cobra el Estado nacional pero incluso haciéndolo si les da una asignación específica dejan de ser coparticipables. Es decir, son coparticipables (asumida la primera excepción) siempre que no se les dé una asignación especial.

Hay fondos coparticipables según el art 75 inciso 2, pero lo que no hay es una ley coparticipación. Hay un mecanismo y hay ciertos acuerdos y pactos fiscales, pero no es el medio ni los requisitos que establece la Constitución. Por lo que es necesario la sanción de una futura ley de coparticipación como lo establece la ley suprema.

## DIFERENCIAS ENTRE LOS TRIBUTOS

### **Impuesto $\neq$ tasa $\neq$ contribución**

1. **IMPUESTO** - Es una obligación unilateral impuesta por el Estado. Si uno cumple la condición fijada, paga. No se le puede discutir al Estado. El Estado actúa en pie de superioridad (principio del derecho público) a través de su poder de imperium. El Estado no se compromete a darme nada y no dice en que lo va a invertir.
  - Cuando el Estado le da una asignación específica, cómo lo va a gastar en materia particular no se va a repartir. Momentáneamente (el impuesto interno directo) es de la Nación, pero excepcionalmente porque normativamente le pertenece a las provincias. En este caso rompe esa regla ya que si bien no da nada a cambio nos dice en qué va a gastar.
2. **TASA** - Es también una obligación unilateral impuesta por el Estado pero a cambio de un BENEFICIO DIRECTO que recibe el contribuyente por pagarla. Por ejemplo: la tasa de alumbrado.
3. **CONTRIBUCIONES** - Una obligación unilateral impuesta por el Estado, que en general en pos de mejora, significa que se va a realizar una obra que dará al contribuyente un BENEFICIO INDIRECTO.
  - Se espera un cierto resultado, pero nada lo garantiza.
  - Por ejemplo; se entiende que si se pavimenta la calle donde está mi inmueble, tendrás más valor pero ese resultado no se puede garantizar.

**PERO RECORDAR QUE CUANDO HABLAMOS DE FONDOS COPARTICIPABLES HABLAMOS DE IMPUESTOS.**

### APARTADO C: LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Forma de E  $\rightarrow$  FEDERAL  $\rightarrow$  múltiples centros de poder autónomos

Nuestra forma de Estado implica la distribución del poder en el territorio en tres unidades políticas:

1. Estado nacional
2. Provincias
3. Municipios (artículo 123 junto con el artículo 5)
4. CABA (artículo 129)

Sin embargo, hay un cuarto elemento: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trata más bien de una entidad sui generis (es decir, que tiene un género propio), ya que no puede calificarse ni como municipio ni como provincia. Por ese motivo, CABA tiene representación propia en el Senado y en la Cámara de Diputados. Algo muy importante en este sentido es que si algún día se modificara la capital del país, CABA no volvería a ser parte de la provincia de Buenos Aires, sino que permanecería igual.

### **ARTÍCULO 129**

“La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su Jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea la capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a este efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”

### **DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOQUINTA**

Hasta tanto se constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la ciudad de Buenos Aires, el Congreso ejerce legislación exclusiva sobre su territorio, en los mismos términos que hasta la sanción de la presente.

El jefe de gobierno será elegido durante el año 1995.

La ley prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 129, deberá ser sancionada dentro del plazo de doscientos setenta días a partir de la vigencia de esta Constitución.

Hasta tanto se hayan dictado el estatuto organizativo la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los arts. 114 y 115 de esta Constitución.

### **DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA**

El Congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al art. 129 .

Este artículo debe leerse en concordancia con el **ARTÍCULO 75 INCISO 30**:

“(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”.

Resumiendo este artículo podemos decir que corresponde al Congreso:

1. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación (legisla en CABA).
2. Dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional.
3. 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.

## PROCESO AUTONÓMICO

La Ciudad de Buenos Aires como entidad política autónoma nace tras la reforma constitucional de 1994.

En 1853, el artículo 3 de la CN fijaba cual era la capital de la República, decía que esta era Bs. As.

Buenos Aires no firmó la Constitución de 1853 y se separó de la Confederación.

Cuando se incorpora con la reforma de 1860, habiéndose otorgado la facultad de reformar algunas cláusulas constitucionales anula el artículo 3 → El actual artículo 3 no dice cual es la capital de la República sino el procedimiento para fijarla (ley del Congreso + Sesión de ley de las legislaturas de las provincias donde se fijará la capital)

## **Constitución de 1860**

Tras la ley de capitalización de la ciudad de Buenos Aires en 1880 bajo la presidencia de Avellaneda, ésta tenía un régimen federalizado.

- Quien tomaba decisiones como Ejecutivo era el presidente de la Nación. El presidente tomaba las decisiones y elegía o designaba un delegado o representante que era como un intendente. No había elecciones populares porque era un territorio federal.
- Quien dictaba las normas era el Congreso de la Nación porque era un territorio federal, es decir, no era jurisdicción de ninguna provincia. El Congreso elegía un Concejo Deliberante para algunas normas diarias o específicas para la ciudad de Bs As, pero no podían elegir sus autoridades.

La provincia de Buenos Aires cedió por ley ese territorio. Es decir, responde al Estado federal hasta 1994. No tenía autonomía.

El Constituyente de 1994 decidió crear a la CABA y desde allí tiene autonomía.

- Es una ciudad-Estado que es prácticamente una provincia pero no es una provincia.
- En 1996 sancionó su Estatuto. Tiene su propio jefe de gobierno y su propia legislatura.

## CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

CABA es autónoma. Tiene facultades propias de legislación (competencia legislativa no delegada a la Nación) y de jurisdicción (facultad de juzgar). El territorio de la ciudad está sujeto a jurisdicción federal únicamente en lo que se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste de carácter federal, ya que allí reside el gobierno federal, por ser la capital. La jurisdicción federal es parcial y de naturaleza institucional y competencial.

A. AUTONOMÍA INSTITUCIONAL → puede dictar sus propias normas

B. AUTONOMÍA POLÍTICA → puede elegir a sus propias autoridades

La pregunta es ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la ciudad de Bs. As?

El fallo de 2019 dice que es una ciudad constitucionalizada, y la doctrina dice que es una entidad sui generis. Lo importante es decir que no es un municipio porque tiene grandes diferencias con estos y también atribuciones semejantes a las provincias.

## CABA VS. EL ESTADO NACIONAL

En 2021 se había vuelto a la presencialidad por burbujas y se había generado un aumento en la cantidad de contagios entonces el Estado Nacional dicta un DNU . Por medio de este, el PE declaraba que en el AMBA (CABA + algunos partidos de las provincias de Buenos Aires cercanos) se suspendían la presencialidad de

clases y había que volver a la virtualidad porque se decía que el uso del transporte público es lo que llevaba al aumento de casos.

CABA cuestiona este decreto por inconstitucional por 2 criterios distintos:

1. Afirma que la educación es una competencia de las provincias, y por lo tanto de CABA. Por ello el Poder Federal no puede regular sobre la temática.
2. No había urgencia, como la necesidad y la urgencia no se cumplían concomitantemente, el DNU era inconstitucional. Hay que recordar que el Congreso estaba funcionando en sesión ordinaria.

Esto va directo a la CSJN.

Lo primero que tiene que definir la CSJN es si es competencia originaria de esta.

- El artículo 116 dice que casos van a la JUSTICIA FEDERAL.
- El artículo 117 dice que todos estos casos pueden llegar por apelación a la corte, subiendo por instancias, pero agrega a posteriori que cuando determinadas personas son partes de este conflicto por ejemplo la provincia o un embajador se va directamente a la CSJN, es competencia originaria y exclusiva de la CSJN.

En este caso estaba implicada CABA, que no es provincia pero es semejante. Además, en 2019 la CSJN asimiló a CABA a las provincias diciendo que es una ciudad constitucionalizada federativa que forma parte del Estado Federal y el asimilar a CABA a una provincia aplica que es competencia originaria de la corte.

Haciendo alusión a este caso y repitiendo el argumento de 2019, se aplica en 2021, y resuelve porque tiene que resolverlo ella.

- Dice que el Estado Federal con facultades concurrentes que tienen uno y otro órgano (CABA) por el artículo 75 inciso 19 para el desarrollo y prosperidad del país la ley base de la educación lo dicta el Congreso Nacional, pero la educación está reservada a las provincias, es decir, la legislación específica de las materias.
- El artículo 5 dice que le corresponde a CABA en su ámbito y que siempre las facultades concurrentes como son parte de un Estado federal deben ser interpretadas bajo el principio de concertación, cooperación y buena fe. Es una competencia de CABA, no podemos decir si es una medida eficaz o no porque eso es una cuestión política no judicial, pero esta medida la tenía que establecer CABA.

Para cuando la Corte había decidido el caso ya había vencido el DNU. La CSJN dice que como no se estaba decidiendo si la medida era correcta o no, sino que en realidad era una cuestión de distribución de competencias, esta situación se podría repetir en el futuro y había que dejarlo asentada para ello.. El caso no era abstracto, se podía volver a repetir. Establece la distribución de competencias y habla del principio de supremacía y subordinación de las normas de las provincias o de CABA a la CN. Pero se trata de una subordinación a la CN que establece la distribución de competencias. Es decir, no estamos alterando la supremacía, la estamos respetando. La CSJN también dice que la CABA tiene todas las competencias no delegadas por la CN.

Respecto al otro argumento en concordancia a la inconstitucionalidad del DNU, la CSJN expresa que no tienen por que hablar de eso porque ya definieron lo anterior por lo que no tiene trascendencia para su argumentación. No se abocan porque dijeron que la competencia era de CABA.

La CSJN no dice nada de si las clases tenían que ser virtual o presencial, sino que la decisión lo tenía que hacer CABA y el argumento que dió el PE diciendo que era emergencia no cumple con los criterios de racionalidad para afectar la competencia de CABA. Luego cuando el Estado Nacional cuando contestó, dijo que CABA había cumplido con los DNU anteriores haciendo mención a la “doctrina de los propios actos”,

La CSJN responde diciendo que nadie puede alterar el reparto de competencias que establece la Constitución, que hayan respetado a los DNU anteriores no cambia la distribución de competencias. Rosenkrantz expresa que AMBA no es una unidad política ni tampoco una región. Las regiones solo las podían crear las provincias (y CABA asimilada como una). Por lo tanto AMBA como región dictada por un DNU no podía ser bajo ningún criterio ser una región, se trata de una situación geográfica dictada por términos de salud, pero no es una unidad política ni jurídica.

Algunos extractos de este fallo:

La Corte avaló la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y falló a favor de las clases presenciales.

Sumario:

1.-Es inconstitucional el DNU 241/2021 respecto de la suspensión del dictado de las clases presenciales en el ámbito porteño, ya que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -al igual que a las provincias- la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque, en consonancia con la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5º, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo -y en igualdad de condiciones que las provincias- a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

10.-A partir de la reforma del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el status constitucional que se expresó en el nuevo art. 129 ; con este reconocimiento los constituyentes reformadores introdujeron a la Ciudad como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal.

8.-La previsión del “AMBA” como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3º del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una ‘región’ en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

11.-La vigencia del art. 129 de la CN. imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un ‘territorio federalizado’, propio de una época en la que esta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador ‘exclusivo’.

#### DISIDENCIA DE ROSENKRANTZ

8.-La decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación en el art. 10, último párr. , del dec. 235/2021, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional (del voto del Dr. Rosenkrantz).

19.-Dado que lo que se encuentra en juego es la organización y funcionamiento del sistema educativo a nivel local, no basta la mera invocación del bienestar general para sustentar una norma nacional como la cuestionada -que suspende el dictado de las clases presenciales en el ámbito porteño-; la única consideración invocada por el Estado Nacional que podría estar ligada al bienestar general ha sido, que la modalidad de dictado de clases en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires tendría un impacto interjurisdiccional, pero esa consideración no excede lo meramente conjetural (del voto del Dr. Rosenkrantz).

20.-La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente, dado que está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible (del voto del Dr. Rosenkrantz).

21.-La decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación (del voto del Dr. Rosenkrantz).

22.-Es inaceptable la pretensión de limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias por parte del Estado Nacional se funde en consideraciones meramente conjeturales conectadas a la presunta eficacia para la realización de otros objetivos que el Estado Nacional pueda considerar como socialmente valiosos (del voto del Dr. Rosenkrantz).

23.-La Nación, mediante una sanción normativa, no puede transformar en interjurisdiccionallo que, fáctica y jurídicamente, no lo es; para que una actividad sea interjurisdiccional y, por lo tanto, admita la regulación nacional, es preciso que tenga un alcance, en sí misma o por sus efectos, que exceda los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires (del voto del Dr. Rosenkrantz).

24.-Suspender las clases presenciales en el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires como medio para alcanzar la meta de una menor circulación de personas entre esa jurisdicción y la Provincia de Buenos Aires, que el gobierno nacional cita como fundamento de sus decisiones, no satisface las exigencias de justificación (del voto del Dr. Rosenkrantz).

25.-Si bien nadie duda de que la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional, lo cierto es que ello no basta para justificar constitucionalmente la adopción de medidas consistentes en la suspensión del dictado de las clases presenciales (del voto del Dr. Rosenkrantz). 26- El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con legitimación activa para defender la esfera de sus atribuciones constitucionales contra actos del Estado Nacional que considera lesivos de su autonomía política (del voto del Dr. Rosenkrantz).

27.-La Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas; en particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas (del voto del Dr. Rosenkrantz).

28.-El Estado Nacional en la fundamentación del decreto impugnado hace referencias al transporte de pasajeros dentro del territorio denominado AMBA pero lo hace de modo global, sin discriminar el transporte interno de cada jurisdicción y el transporte que pasa de una a otra y, por lo tanto, ello resulta insuficiente para determinar en qué medida este último se habría incrementado como consecuencia del comienzo de las clases presenciales

dentro de la Ciudad Autónoma; sumado a ello, en la demanda se afirma que la mayor parte del alumnado que concurre a escuelas de la Ciudad de Buenos Aires no utiliza el transporte público para concurrir a clases (del voto del Dr. Rosenkrantz).

29.-La delimitación de un territorio como el Área Metropolitana Buenos Aires (AMBA) por parte de la Nación no basta para sujetarlo a la jurisdicción federal (del voto del Dr. Rosenkrantz).

30.-El hecho de que exista una norma nacional que regula determinada materia sanitaria no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto (del voto del Dr. Rosenkrantz).

<b>DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE CABA Y MUNICIPIOS</b>	
CABA	MUNICIPIOS
Participa de la coparticipación federal,	No participan de la coparticipación federal.
Los habitantes eligen diputados y senadores.	Los municipios no
CABA puede ser intervenida federalmente. Si bien no lo dice expresamente el artículo 6 de la CN ya que este no se reformó en 1994 (es un artículo intacto desde 1853 cuando no existía CABA). Pero esto lo dice el artículo 75 inciso 31: (Corresponde al Congreso) “Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires”	
Puede conformar regiones y firmar convenios internacionales (no son tratados internacionales) (artículo 124), y tratados interprovinciales (artículo 125).	No
Pueden dictar sus propios organismos de seguridad provincial como las provincias (artículo 125)	No

<b>DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE CABA Y PROVINCIAS</b>	
CABA	PROVINCIA
En términos descriptivos, es una entidad plenamente urbana-	Incorporan también zonas rurales.
CABA no preexistió al Estado Nacional, sino que existe desde 1994 por lo que se dice que tiene una autonomía devolutiva; no era autónoma antes de 1994 por lo que se le devuelve la autonomía cuando se crea.	Históricamente, las provincias son preexistentes al Estado Nacional (que nació en 1853) por lo que se le reconoce su autonomía.

## CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Puede dictar una Constitución, pero como no es ni un municipio ni una provincia, se le denomina ESTATUTO ORGANIZATIVO (AUTONOMÍA INSTITUCIONAL)

Además de Ciudad Autónoma es la Capital de la República por ello el Presidente ejerce sus actividades en CABA, como así el Congreso de la Nación y la Corte Suprema de Justicia Nacional. Es decir, residen las autoridades nacionales y podría llegar a darse el caso de que una norma de CABA impidiera el normal funcionamiento de las autoridades nacionales.

Frente a ese conflicto el constituyente debe anticiparse, ya que ante la posibilidad de un conflicto por lo que establece en expresa en el artículo 129 que mientras CABA de la capital de la República, el Congreso dictará una ley que garantice los intereses del Estado Nacional → LEY DE GARANTÍAS.

Como puede elegir sus propias autoridades, quien ejerce el PE se llama Jefe de Gobierno. Tiene su propio PL que es regido por los ciudadanos de CABA.

Se dió una paradoja en la primera elección de Jefe de Gobierno de que como se retrasó la sanción del Estatuto Organizativo, por lo que fue electo antes de haber sido delimitado sus competencias.

CABA puede tener su propio PJ pero hay una cierta complejidad en el tema.

1. PODER JUDICIAL FEDERAL: La Constitución regula un PJ que es del Estado Nacional, ese poder judicial que crea la Constitución se denomina Poder Judicial Federal.
  - Interviene en los casos que explicita el artículo 116 (Atribuciones del Poder Judicial Federal) y el art 117. Como es solo para unos casos, se dice que es extraordinaria y excepcional.
  - EL PJF se distribuye en todo el territorio nacional.
2. PODER JUDICIAL ORDINARIO: El resto de los casos va a la Justicia de las Provincias, ya que cada una organiza su propio poder judicial, se le dice PJ Ordinario porque es el que se recurre en casi todos los casos.

Ahora, la situación de CABA es la siguiente:

1. PODER JUDICIAL DE CABA: CABA tiene su PODER JUDICIAL ORDINARIO.
2. PODER JUDICIAL FEDERAL: En CABA hay tribunales de la justicia federal que residen ahí pero que CABA no los creó
3. PODER JUDICIAL NACIONAL (solo es de CABA): Cuando CABA no era una ciudad autónoma y si un régimen federalizado (y no se asemejaba a una provincia), necesitaba un Poder Judicial que resolviera todos los casos que no correspondiera a la Justicia Federal. Este PJN de nacional no tiene nada, este era solo para la Ciudad de Buenos Aires como capital de la República previo a la reforma de 1994, este había sido creado por medio de una ley, ya que se necesitaba este poder para resolver sus conflictos.

Una vez declarada la autonomía de CABA tras la reforma de 1994 y dada la existencia del PODER JUDICIAL NACIONAL, por la garantía de inamovilidad los jueces no podían ser desplazados ni ascendidos sin su consentimiento por lo que el prestigio y las garantías del Poder Judicial Nacional, los jueces no aceptaban cambiarse ni desplazarse al Poder Judicial de CABA.

Entre estos tribunales se distribuyen competencias y con el tiempo se van subsanando los conflictos. Hay un problema cuando los tintes políticos son opuestos.

## ESTATUTO ORGANIZATIVO DE LA CABA

ARTÍCULO 1º.- La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos. Se suprimen en los actos y documentos oficiales los títulos honoríficos de los funcionarios y cuerpos colegiados

### CONFLICTO

Esta ley tiene un conflicto con el Estatuto Organizativo de CABA y su referencia al artículo 121.

- La ley de garantías dice que CABA tiene todas aquellas competencias que expresamente le da la CN.
- Pero CABA en cuanto dicta su Estatuto Organizativo aplica la regla federal del artículo 121.

La Constitución nos dice cuando ciertos poderes le pertenecen al Estado Nacional, y este no puede atribuirse más poderes de lo que le dice la Constitución, recordemos que CABA es una unidad política autónoma similar a una provincia. El caso lo resuelve el Poder Judicial y dice cual es la regla que prevalece.

El conflicto se da por esta autonomía devolutiva.

## LEY DE GARANTÍAS N° 24.588

Esta ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires, impulsada por Cafiero, limita los alcances de la plena autonomía que la CN había otorgado a los porteños. CABA no negocia la coparticipación.

ARTÍCULO 1º — La presente ley garantiza los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación.

ARTÍCULO 2º — Sin perjuicio de las competencias de los artículos siguientes, la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 7 — El Gobierno Nacional ejercerá en la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, sus funciones y facultades en materia de seguridad con la extensión necesaria para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales. El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ejercerá las funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales. El Gobierno nacional las seguirá ejerciendo hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad Interior.

ARTÍCULO 5 → La CN permite a las provincias dictar su propia Constitución → el fragmento que menciona régimen municipal dio lugar a duda si los municipios eran autárquicos o autónomos.

La jurisprudencia y la CSJN sostuvo hasta 1989 que los municipios eran autárquicos. Es a partir de 1989 con el CASO RIVADEMAR VS MUNICIPALIDAD DE ROSARIO sentó un claro precedente de autonomía municipal previo a la reforma de 1994.

### CASO RIVADEMAR VS MUNICIPALIDAD DE ROSARIO

#### CONTEXTO

En el caso se discutían las atribuciones de la Municipalidad de Rosario para revisar los nombramientos de personal, efectuados por un gobierno de facto provincial y ratificados por ley de jure, también provincial. En 1978, Rivademar es contratada por la Municipalidad como pianista profesional. En 1983 es incorporada a la planta permanente de empleados, por un decreto dictado conforme a lo dispuesto en una ley provincial, o Estatuto del Personal de Municipalidades de la Provincia de Santa Fe, por el que el Municipio debía hacer permanente al personal contratado por más de tres (3) meses.

#### HECHOS

En 1984, ya en democracia, el intendente, a través de un nuevo decreto, anula el decreto de factor y autoriza a revisar todas las incorporaciones. Allí es cuando se deja sin efecto el nombramiento de Rivademar. Ésta última decide impugnar el nuevo decreto por considerarlo contrario al que le dio el cargo, y porque iba en contra de la ley provincial. Por su parte, la Municipalidad de Rosario afirma que esta ley provincial es inconstitucional, por violar los artículos 106 y 107 de la constitución provincial, al impedir a la Municipalidad organizar a su personal; y que también viola el artículo 5 de la CN, al asumir la Provincia funciones que corresponden a los intereses de cada localidad (autonomía municipal) La Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe dispone reincorporar a Rivademar, y anula la decisión Municipal sosteniendo que la ley provincial en cuestión sí era constitucional; la Provincia podía regular el empleo público municipal creando un régimen uniforme. Ante esto, La Municipalidad de Rosario interpone recurso extraordinario y el así termina llegando a la CSJN.

#### FALLO CSJN

La validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que lo suceda la reconozca, y de que los poderes del Estado Nacional o los de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del gobierno de facto. Siendo ello así, resulta evidente la legitimidad de las autoridades constitucionales municipales de revisar los nombramientos efectuados por las de facto. Las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial, que tienen un ámbito propio a administrar.

## CASO RIVADEMAR - RESUMEN-

Angela era una pianista que en 1978 es contratada para formar parte de la orquesta municipal de Rosario durante un gobierno de facto.

Cuando está por finalizar el gobierno facto, la provincia dicta una norma que dice que todos aquellos que habían sido contratados y hayan estado más 3 meses en sus cargos pasan a ser planta permanente. Para 1983 claramente, Angela ya llevaba más de 3 meses y pasaba a ser planta permanente.

### EMPLEADOS PÚBLICOS

A) Tienen ESTABILIDAD PROPIA → no pueden ser despedidos si no hay justa causa.

### EMPLEADOS PRIVADOS

A) Tiene ESTABILIDAD IMPROPIA → pueden ser despedidos sin justa causa, recibiendo una indemnización (no en el empleo público). Si hay justa causa, no va a ser indemnizado.

### CONFLICTO

Tras la vuelta a la democracia y al asumir un nuevo intendente en Rosario, la municipalidad re-examina todas las designaciones dadas durante el gobierno de facto. Se decide despedir a Angela. Esta dice que no puede ser despedida porque hay planta permanente, Esta ley había sido dictada por la provincia.

La cuestión subyace en el hecho de que si el municipio es autónomo no tiene porque regirse por una ley provincial en cambio si es autárquico le será impuesta la ley provincial.

Pasa por la Justicia Provincial de Santa Fé y termina en el Tribunal o Corte Suprema de Santa Fé. Como ha interpretado la doctrina tradicionalmente a los municipios expresa que son entes autárquicos. Por lo tanto la municipalidad de Rosario no puede despedirla.

Pero la municipalidad plantea que se está vulnerando la C al no reconocer la autonomía municipal. Se salta de la vía provincial a la nacional por el uso de recurso extraordinario. Va a la CSJN. Previo a que dicte su fallo, cuando hay un tema constitucional antes de que la corte, interviene el procurador general de la nación para dar un dictamen, este dice pero si se analiza hay grandes diferencias entre lo que es un municipio y un ente autárquico.

la CSJN con el razonamiento del procurador, reconoce tales diferencias y dice que son autónomas. Entonces al final quien paga los sueldos, es la municipalidad por lo que se reconoce la autonomía municipal y tomaba las decisiones de planta permanente o no y las designaciones.

### DIFERENCIAS ENTRE LOS MUNICIPIOS Y LOS ENTES AUTÁRQUICOS

Aun prescindiendo de las prescripciones concretas de las constituciones provinciales vigentes, debe reconocerse que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y

de carácter necesario de los municipios frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades inconcebible en las entidades autárquicas. Las municipalidades no son una mera repartición administrativa del gobierno central, pues poseen autoridad en su territorio y poder para designar y remover a sus empleados. Es inadmisibile que el propio gobierno de facto, mediante una ley de alcances generales, convalídase las transgresiones cometidas por él mismo, mediante el arbitrio de imponer a las autoridades constitucionales futuras, la validez de designaciones de autoridades municipales. Si bien la Corte Nacional tiene como misión esencial la de asegurar la primacía de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia por sobre cualquier norma de orden local que las contradiga (art. 31, de la Constitución), esa atribución no puede ser ejercitada de manera genérica sino en la medida en que se presente un caso contencioso concreto. Este caso es un claro precedente de autonomía municipal previo a la reforma de 1994

<u>MUNICIPIO</u>	<u>ENTE AUTÁRQUICO</u>
Es una unidad política, tiene un gobierno, territorio y nación. No son una mera repartición administrativa del gobierno central. Tienen autoridad en su territorio y el poder de designar y remover a sus empleados. Por eso Rivademar fue despedida.	No es una unidad política.
Origen constitucional	Origen legal
Base sociológica - población de la comuna-	No tiene
Imposibilidad de supresión o desaparición dado que la CN asegura su existencia	No sucede
El carácter de legislación local de las ordenanzas municipales	El carácter de meras resoluciones administrativas
Carácter de personas jurídicas de carácter necesario y de derecho público	Carácter posible o contingente
El alcance de resoluciones que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial	Solo alcanza a las personas vinculadas
Posibilidad de creación de entidades autárquicas	No puede crear a otra entidad autárquica dependiente de ella
Elección popular de sus autoridades	No existen

## REFORMA DE 1994

Así con la incorporación del artículo 123 que debe leerse junto al artículo 5 no queda duda que el régimen municipal es autónomo.

### ARTÍCULO 123

Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

1) ÁMBITO INSTITUCIONAL → dictar sus propias normas y sus propias constituciones (CARTAS ORGÁNICAS)

A) AUTONOMÍA INSTITUCIONAL PLENA → si tiene su propia Carta Orgánica

B) AUTONOMÍA INSTITUCIONAL SEMIPLENA → si se rige por una ley de municipios.

2) ÁMBITO POLÍTICO

→ Tiene que ver con cómo se llevan a cabo las elecciones, y que deben respetar el régimen republicano y representativo. Pero pueden establecer reglas diferentes al sistema electoral federal mientras no se afecte ese régimen.

3) ÁMBITO ECONÓMICO Y FINANCIERO

→ Hace mención a la necesidad de recursos para hacer frente a sus gastos.

→ La discusión es si los municipios pueden cobrar impuestos o no.

- Pueden cobrar tasas y contribuciones, pero no se sabe de los impuestos.

A) VISIÓN AMPLIA → Al tener autonomía económica y financiera pueden cobrar todo tipo de tributos

B) VISIÓN RESTRICTIVA → Sólo pueden cobrar tasas y contribuciones.

4) ÁMBITO ADMINISTRATIVO

→ Hace mención a la administración de los asuntos que hacen al municipio y ejercen el poder de policía.

PODER DE POLICÍA → refiere a lo que tiene que ver con la higiene, reglamentación, moralidad pública y seguridad. Son competencias municipales.

## PARTICULARIDAD DE BUENOS AIRES

BUENOS AIRES → Hay una organización diferente, tienen partidos.

PARTIDOS → Tienen varias ciudades.

- Hay una ciudad cabecera y otra satélite.

- Las autoridades electas residen solo en la cabecera.

- En las ciudades satélites hay representantes elegidos por esas autoridades cabeceras.

Muchos han discutido que esto afecta la autonomía municipal.

## DERECHO INTRAFEDERAL

- Se necesita del acuerdo de una o más provincias para lograr una resolución (no basta una sola unidad política).

### ARTÍCULO 124

Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

Según el artículo, las provincias y CABA tienen: (no municipios)

#### ➤ FACULTAD PARA CREAR REGIONES Y ÓRGANOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES.

- La creación de regiones es una facultad reservada y exclusiva de las provincias y CABA.
- NO SON UNIDADES POLÍTICAS. Son construcciones jurídicas.
- Solo pueden ser creadas con el motivo y materia de (A) DESARROLLO ECONÓMICO (B) DESARROLLO SOCIAL
- No tiene que ser necesariamente con provincias limítrofes y puede haber regiones transfronterizas.

#### ➤ FACULTAD PARA CELEBRAR CONVENIOS INTERNACIONALES (no son tratados)

Las provincias podrán hacer convenios internacionales pero con ciertas limitaciones, a saber:

1. Que no se afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal.
2. Que (no pueden sean incompatibles con la política exterior de la Nación (facultad delegada al Estado Nacional)
3. Que no afecten el crédito Nacional
4. Que se celebren con conocimiento del Congreso Nacional.

#### ➤ DOMINIO ORIGINARIO DE LOS RECURSOS NATURALES PORQUE LO DICE LA CONSTITUCIÓN

El ámbito del territorio comprende tierra, aire, mar y subsuelo; y el dominio sobre los recursos allí comprendidos son propios de las provincias, lo que las habilita para percibir tributos sobre ellos y disponer la enajenación y el aprovechamiento de aquellos por sí mismas o en políticas concertadas con el Estado Federal.

## SIEMPRE ES CON EL CONOCIMIENTO DEL CONGRESO NACIONAL

- Conocimiento no significa aprobación, puede efectuar un control pero no tiene decisión,
- Se le comunica que se creó la región.
- Si el Congreso observa que se afectan materias delegadas o el régimen republicano, podrán ver si hay causales de intervención federal, y si se trata de materias delegadas se podrá ir al Poder Judicial.

Se introdujo con la reforma de 1994 para mejorar el federalismo y la descentralización, tratando de extender la esfera de actuación de las provincias.

### ARTÍCULO 125

Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

Las provincias y CABA pueden firmar tratados parciales pero no pueden ser de carácter político según lo dispuesto por el artículo 126.

También pueden conservar los organismos de seguridad social y promover ciertas materias (leerlo).

### CONDICIONES

#### 1) LAS FINALIDADES DE ESTOS TRATADOS SÓLO PUEDEN SER:

- A) ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA
- B) INTERESES ECONÓMICOS
- C) TRABAJOS DE UTILIDAD COMÚN

#### 2) DEBEN SER CON CONOCIMIENTO DEL CONGRESO FEDERAL

- No significa aprobación.

#### 3) NO PUEDEN INMISCUIRSE EN COMPETENCIAS DELEGADAS AL ESTADO NACIONAL

artículo 125 → tratados interprovinciales

CABA puede también firmar estos, puede crear regiones, tiene dominio originario de sus recursos y puede firmar acuerdos interprovinciales.

## UNIDAD 7: EL ESTADO REPUBLICANO Y REPRESENTATIVO EN ARGENTINA. EL ART. 1 CN

### APARTADO A: TEORÍAS Y CONCEPTOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

#### TEORÍAS Y CONCEPTOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

##### REPRESENTACIÓN

- ETIMOLOGÍA

re (de nuevo) + presentar: “presentar de nuevo”

- REPRESENTAR ES “TRAER PRESENTE AL AUSENTE” (Pickins)

Para hablar de representación política es necesaria la ausencia, sino sólo sería presentación, sería lo original en sí mismo, y en ese caso ¿Para qué habría representación?

EN EL ARTÍCULO 1 DE NUESTRA CN, ADOPTAMOS COMO RÉGIMEN POLÍTICO LA REPÚBLICA REPRESENTATIVA.<sup>2</sup>

##### REPRESENTACIÓN POLÍTICA

A primera vista, cuando hablamos de “representación política” pensamos que la representación es el sustantivo de la oración, mientras que política es el adjetivo. De allí deriva la idea de que la política viene antes en el tiempo que la representación: primero existe la política y luego surge un tipo de representación de ella misma.

Pero el caso de la representación política es diferente a otras formas de representación (por ejemplo, artística, musical), porque aquí el objeto representado nace a partir de la representación. El objeto representado es posterior a la representación (diacrónicamente ocurre después). Así, la representación forja al objeto: El objeto representado es creado a partir del acto. Es decir, represento, si soy exitoso en la creación del Estado, la nación viene después.

El ausente (ésta nación, esta voluntad del pueblo) no es algo anterior. Si no logro tener un Estado (y por lo tanto representación) no tengo pueblo, sin pueblo no hay voluntad popular. La representación política, entonces, altera la relación adjetivo y sustantivo, porque el objeto de representación depende del acto de representar. Por eso no se puede decir que la representación política es el reflejo estadístico de ontologías que son diversas. Es a través del acto mismo de representación que se hace único lo diverso.

Pero el caso de la representación política es diferente a otras formas de representación (por ejemplo, artística, musical), porque aquí el objeto representado nace a partir de la representación. El objeto representado es posterior a la representación (diacrónicamente ocurre después). Así, la representación forja al objeto: El objeto representado es creado a partir del acto de representación.

---

<sup>2</sup> el régimen político sería democrático, pero a eso se refiere con República representativa (ya que democracia era mala palabra): Asociado a la soberanía popular, a la cosa del pueblo, para manifestarse en contra de la monarquía.

- Este problema lo descubrió Hobbes y en esta noción radica la importancia de la naturaleza política de la Constitución, está como un certificado de nacimiento de los Estados.
- El ausente (ésta nación, esta voluntad del pueblo) no es algo anterior. Si no logro tener un Estado (y por lo tanto representación) no tengo pueblo, sin pueblo no hay voluntad popular. La representación política, entonces, altera la relación adjetivo y sustantivo, porque el objeto de representación depende del acto de representar. Por eso no se puede decir que la representación política es el reflejo estadístico de ontologías que son diversas. Es a través del acto mismo de representación que se hace único lo diverso..
- La politicidad es lo que funde que el objeto nazca por el acto de representación. Podemos traer la definición formal de la Constitución
- Hasta que una nación no pueda dictar su propia Constitución, y de esta manera formar un Ordenamiento Jurídico y un Estado (y sus órganos) es muy difícil que alguien pueda hablar y representar a esa nación.
- Es más la idea de una Cámara de Diputados que representa a todo el pueblo de la nación argentina y la Cámara de Senadores que representa dentro del órgano congreso a todas las provincias junto a un presidente que en el modelo alberdiano se aparta del modelo estadounidense con la idea de un PE fuerte para que hiciera que esa nueva entidad de la Nación argentina llegará a todos los rincones del territorio nacional por el acto de representación, es allí recién cuando aparecen los argentinos representados como tales.

## ORIGEN HISTÓRICO

En sus orígenes, la representación fue utilizada como un mecanismo para restringir la soberanía popular que se estaba alzando teóricamente (mala concepción de la democracia). Con esto surge la idea de que “una república en gran extensión era factible de la mano de la representación” . Por eso Alberdi la propone en el sentido de “the second best”: la república posible. De allí que esta primera democracia representativa haya sido censitaria o restringida.

## PILARES DE LA REPRESENTACIÓN

Se trata de ciertos elementos que sostienen los principios y valores del sistema democrático, las bases de la representación. Los pilares son fundamentales si modifico, saco o agrego una de estas columnas es probable, más allá de los valores compartidos, que caiga todo el edificio. Para Riberi, hay que pensar como sistema porque son columnas, el sistema tiene que ser coherente. En este sentido, podemos decir que Constitución, Ley electoral y Ley de Partidos tienen que estar relacionados.

1. CONSTITUCIÓN NACIONAL → Es su columna central, la que estructura todo lo demás. Me va a dar las pautas esenciales: cómo se estructura el régimen representativo del Estado. Esta nos establece cuáles y cómo son los órganos representativos, cuales se eligen popularmente o no.
2. LEY ELECTORAL → Cómo eligen, cuáles son sus mecanismos democráticos para seleccionar sus representantes. ¿Hay sistemas electorales de formas directas de selección o no? Ejemplo: Corte Suprema, se elige de forma indirecta.
3. LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS → Cómo se ha ido consolidando la democracia de partidos, qué tipo de partidos hay (masas/cuadros), qué tan fortalecida está a partir de ellos la representatividad. Cuáles son las exigencias hacia los partidos, que tipo de sistema de partidos resulta de la ley.

## DIFICULTADES DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

### **EL PROBLEMA INHERENTE A LA REPRESENTACIÓN**

La representación tiene intrínsecamente su primer gran dificultad, que es la insatisfacción. Es una marca inevitable de la representación. Porque nunca es igual la entidad representada que el representante. Aún en la democracia ateniense (democracia directa) existía la representación política; es decir, la representación existe en toda sociedad que tenga división del trabajo, en cualquier sociedad civilizada y relativamente desarrollada, es lo que da legitimidad a la autoridad. Sin embargo, no hay sistema político que lo solucione, ni siquiera la democracia directa griega.

Es irresoluble: La representación es una reducción de la realidad, porque es el único medio para representarla (mapa, pintura), si representase la totalidad, no tendría sentido representarla. En una representación política, el representante debe articular todos los elementos (creencias, necesidades, intereses, deseos) en un solo acto de representación. Por ello, para que haya representación tiene que haber distorsión porque es la única forma de dar unidad en la diversidad. En el acto de representación se expresa la voluntad popular. Mientras más micro y detallada es la representación, más se pierde la visión macro, del bien común.

<b>Crisis de representación</b>	<b>Crisis de representatividad</b>
Refiere a que las instituciones de representación no funcionan. El pueblo no cree en sus representantes en general, no cree en la institución de la representación: allí el Leviatán comienza a trastabillar y caer. Muchas veces está dado también por una falta de responsiveness y accountability por parte de los gobernante: Nadie rinde cuentas al pueblo (base del sistema republicano)	Refiere a que las instituciones de representación no funcionan. El pueblo no cree en sus representantes en general, no cree en la institución de la representación: allí el Leviatán comienza a trastabillar y caer. Muchas veces está dado también por una falta de responsiveness y accountability por parte de los gobernante: Nadie rinde cuentas al pueblo (base del sistema republicano)

## LA REPRESENTACIÓN Y LOS SISTEMAS ELECTORALES

Como dijimos previamente, el sistema electoral es uno de los pilares básicos del sistema representativo. La relación entre el sistema electoral por el cual voy a hacer las elecciones tiene que tener por objetivo que funcione el sistema político, es decir, que haya creación de gobierno, establecer control y producir representación. El sistema electoral piensa que hay mayorías capaces de gobernar, eso explica que haya sistema de electorales que sobrecompensan a quienes salen primeros y otros que se aseguren más allá de la cantidad de votos que haya minorías significativas en el PL para que funcionen los controles políticos establecidos. También que la idea de producir representación asociada a la idea de legitimación supone que la distorsión de los sistemas electorales de su expresión de la voluntad popular puede ser una fuente que produzca una crisis del sistema por falta de legitimidad. El sistema electoral es necesario para que haya representación (es un acto factual cuando alguien decide por otro) y la representatividad es una cualidad de esta.

### **APARTADO B: LA REPÚBLICA**

El concepto de República que ha sido tomado históricamente tiene tres pilares entre los que existe cierta tensión y ciertas características que parece que definen a una república y algunos valores históricos.

Su etimología deviene de "res" (cosa) y "pública". Asociada al régimen político democrático, por su asociación con la soberanía popular. Esta idea estuvo enfrentada a las monarquías del siglo XVIII y XIX, porque aborrece cualquier tipo de dominación y privilegios, y hace hincapié en la noción de autogobierno, ya que se basa en una idea de libertad positiva: ser dueño de mi destino. La representación es utilizada por el Constitucionalismo como instrumento para evitar el ascenso de las facciones mayoritarias (papeles del federalista).

Hay vertientes en el republicanismo, algunos más o menos conservadores, populistas y liberales. Los liberales influyen como los líderes en el debate.

## LAS VIGAS MAESTRAS Y LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE UNA REPÚBLICA

### PRINCIPIOS DEL REPUBLICANISMO

#### 1. SOBERANÍA POPULAR

La ley está vinculada con cierto control democrático. El soberano no puede ir en contra de la voluntad general. El pueblo legitima el sistema estatal con el orden constitucional y el monopolio coactivo de la fuerza física

#### 2. IMPERIO DE LA LEY

La ley es de todos y aplica a todos por igual. Sale del Congreso, el órgano más político. Está asociado a la idea de Rousseau: "inclinarse ante la ley para no arrodillarse ante nadie"

#### 3. SEPARACIÓN DE PODERES

Idea del mito de Ulises y Giges: El poder no puede estar concentrado porque tiene capacidad corrosiva, hay que evitar que los sujetos detenten todo el Poder

#### 4. PERIODICIDAD DE LAS AUTORIDADES

Es otro mecanismo para evitar los efectos del poder y la dominación: la ley restringe a los que son electos para que no puedan quedar indefinidamente en el puesto.

#### 5. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO

No debe haber infracción oculta de los eventos públicos, ni secretos de Estado. Se debe tener acceso de los registros

#### 6. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

- Política: Podemos impedir que alguien vuelva a la función pública
- Administrativa: Respetar las incumbencias de cada función
- Jurídica: Responsabilidad penal

#### 7. RENDIR CUENTAS

Los funcionarios deben rendir cuentas, porque están en una posición de servicio para el pueblo: a él deben su trabajo

#### 8. PRENSA LIBRE

### VALORES HISTÓRICOS DEL REPUBLICANISMO

- 1) Imparcialidad
- 2) Responsabilidad
- 3) Transparencia
- 4) Deliberación

## DIFERENCIAS CON EL LIBERALISMO

Hoy en día, el debate se desata entre las posiciones republicanas y liberales. Algunas diferencias:

REPUBLICANISMO	LIBERALISMO
Énfasis en la libertad positiva	Énfasis en la libertad negativa
Admite la intervención del Estado para eliminar condiciones de dominación y privilegios La idea de no dominación republicana permite un mayor intervencionismo estatal y planificación del Estado.	El Estado no debe interferir arbitrariamente bajo ningún punto de vista, su función es asegurar la conducta justa y la seguridad. Desigualdad y dominación: son costos incidentales. Para un liberal que el Estado intervenga es inadmisible.
Nuestra CN recibe influencia de ambas.	

Muy a menudo los republicanos comparten agenda eventualmente con los liberales pero hay una diferencia filosófica fundamental. Algunos republicanos también, incluso con los populistas. Parte de la tradición republicana ha empezado con mayoritarismos antimonárquicos. La república asociada al autogobierno y a la libertad positiva ha establecido como uno de sus principales pilares, la **soberanía popular (1)**: el poder está en la gente,. Es muy difícil que se pueda admitir a una persona que tiene una gran resistencia hacia las mayorías como una persona republicano, ya que está indirectamente rechazando el autogobierno y la libertad positiva.

El republicanismo fue lo que nutrió esta idea de la soberanía popular cuando la democracia no era una palabra aceptada por ello el ARTÍCULO 1 de la CN de 1853 reemplaza a la palabra “democracia” asociada a algo que era como un populismo radical o demagogía. La soberanía popular entonces es que el poder está en las mayorías y en el pueblo.

**ROUSSEAU** → “me inclino ante la ley para no arrodillarme delante de nadie”

La idea clásica vinculada al autogobierno con este otro pilar que es el **imperio de la ley (2)**. La república supone el Estado de Derecho por lo que las mayorías no pueden hacer lo que quieren (soberanía popular), esto es cierto pero parcialmente cierto. Los republicanos deben combinar estos pilares que a menudo están en tensión.

El tercer pilar fundamental de la tradición republicana es que **aborrece las condiciones de dominación (3)** por lo que quiere decir que no se puede admitir que haya situaciones de impunidad o de privilegios que se

asocia a esta idea del imperio de la ley y a la idea meritocrática del artículo 16 de la CN que nos expresa que en el empleo público se exige tener condiciones de idoneidad y mérito.

- Es muy republicano entender que quien defenderá el color de la patria ante otros gobiernos sean personas preparadas. Un republicano supone esta idea **meritocrática**. Pero esta idea debe ser leída con términos críticos y no confundirse con aquella noción meritocrática que a veces convalida esas condiciones de dominación. La idea meritocrática supone una preparación y valores, como la igualdad de oportunidades. Eso se aprecia cuando en una comunidad hay ganadores y perdedores sistemáticos. La impunidad tiene que ver con la colonización del poder que lleva incluso a cometer aberraciones y hay impunidad.

Entonces la idea de la no dominación es lo que distancia a un republicano de un liberal. En una república no puede haber impunidad por lo que la condición de no dominación supone que hay estructura.

### REPUBLICANOS-MINIMALISTAS Y LIBERALES-PERFECCIONISTAS

Un ejemplo de esto es cuando veíamos las teorías interpretativas y su vínculos con las ideologías. Los republicanos usualmente estaban vinculados a las interpretaciones minimalistas, ya que adhieren a la autorrestricción. Pueden llevarse bien con ciertos perfeccionistas que son por lo general liberales, pero estos últimos se diferencian porque creen en la idea de un juez Hércules. Muchos republicanos con concepciones liberales se llevan muy bien con liberales que son igualitarios como Rawls o Dworkin pero filosóficamente están parados entre ideas distintas.

### REPUBLICANOS-MINIMALISTAS Y POPULISTAS-MAYORITARISTAS

Recordemos que de todas formas el minimalismo se acerca por otro lado al mayoritarismo ya que ambas son visiones políticas de la Constitución. El republicanismo tiene que ver con la soberanía popular y el principio del imperio de la ley pero que pasa cuando las mayorías quieren ir más allá de lo que dice la ley. El **Populismo** tiene una versión antinormativa de la Constitución en cambio en el caso del **Republicanismo** como uno de sus principios qué es el imperio de la ley está en una situación de tensión. Este en principio sabe que la ley al ser norma obliga tanto a mayorías como a minorías, entonces la vía de escape es el minimalismo porque es deferente respeto a los poderes más políticos, pero también como es norma en una República que cree en la división de poderes eventualmente se puede plantear que cierta norma es inconstitucional. Tanto el populismo y el republicanismo, ven a la Constitución como un documento político (autogobierno) pero este último sabe que existe el imperio de la ley que es un valor fundamental.

Es inadmisibles para un republicano lo que los populistas creyendo en el principio de la soberanía popular digan que la Constitución es lo que las mayorías dicen que es porque un republicano cree en el imperio de la ley.

### ARTÍCULO 36

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. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentara asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

### ELEMENTOS A DESTACAR DEL ARTÍCULO

- **OBJETIVO: DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL**

Agregado con la reforma de 1994, establece el imperio de la CN aun cuando se interrumpiera el orden democrático mediante actos de fuerza, los cuales quedan insanablemente nulos<sup>60</sup>. Intenta generar resguardo constitucional frente a sucesos de desconstitucionalización tales como el que la Argentina sufrió entre 1930 y 1983 (historicismo)

- **CONTENIDO**

**1. Dos tipos de delitos constitucionales:** Ejecutar actos de fuerza contra el sistema democrático, y usurpar cargos públicos como consecuencia de estos actos. La pena: inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos. Las acciones penales para la persecución de ambos delitos son imprescriptibles, está excluido el beneficio del indulto y de la conmutación de penas.

**2. Derecho a resistencia:** La CN brinda a los ciudadanos el derecho a desobedecer a quienes se alcen con el poder sin obtenerlo por medio de la competencia electoral o los mecanismos institucionales. Qué es este derecho de resistencia, no viene definido. Tal vez cabe ensamblarlo con el artículo 21, que obliga a todo ciudadano a armarse en defensa. de la CN. Diríamos que el derecho de resistencia (incluso con armas) tiene un contenido mínimo y esencial que proviene directamente del artículo 36, y que la defensa de la constitución, equivale a la del orden institucional y del sistema democrático contenidos en ella<sup>61</sup>.

**3. Corrupción:** El penúltimo párrafo del artículo 36 define como contrario al sistema democrático al grave delito doloso contra el Estado, que conlleve enriquecimiento para quien lo cometa (corrupción). No tipifica el delito de corrupción, pero establece que las distintas formas de este delito en perjuicio del Estado implican una inhabilitación temporal. Además, la CN solicita que el Congreso elabore una ley de ética pública.

## LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento. En el mundo jurídico, el pensamiento (en tanto pensamiento) no aparece externamente como una libertad jurídicamente relevante porque escapa a toda posible relación de alteridad con otro sujeto distinto del que piensa; la libertad de pensar no admite verse como un derecho subjetivo: el pensamiento es incoercible y se sustrae a terceros. No puede decirse, entonces, que el hombre sea titular de un "derecho" a la libertad de pensamiento. Ese derecho aparecerá solamente cuando el pensamiento se exteriorice, o sea, cuando se exprese. Y en ese caso ya deberá hablarse del derecho a la libertad de expresión, porque el pensamiento es conocido por terceros.

*La libertad de expresión es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc., a través de cualquier medio: oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcétera.*

Cuando encontramos en el texto histórico de la constitución formal las normas sobre libertad de prensa (arts. 14 y 32) y, en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que cubra a la libertad "de expresión" en todas sus formas (incluidas las distintas a la prensa), decimos que respecto a la expresión a través de medios que "no son prensa" hay una carencia histórica de norma, o sea, una laguna en el orden normativo. Esa laguna suscita la integración del orden normativo para llenar el vacío, y tal integración nos emite en primer lugar a la norma análoga (es decir, a la más parecida que hallamos en la constitución, que es la referida a la prensa) y a los valores y principios generales del derecho constitucional. Haciendo jugar por analogía la norma sobre libertad de prensa, y acudiendo a los principios sobre libertad (que desde el preámbulo contiene la constitución), podemos sin duda arribar a la conclusión de que nuestra constitución protege la libertad "de expresión" en todas sus formas, las que reciben hospitalidad cierta. Apuntalamos esta hospitalidad haciendo una interpretación dinámica de la constitución, que asimila los cambios y formas de expresión actuales que no eran conocidos por el constituyente histórico.

Después de la reforma del '94, el texto ofrece parámetros adicionales para el analogado con la prensa escrita: las alusiones del artículo 75 a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (inc. 19 párrafo primero); el derecho a la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (inc. 19 párrafo cuarto); y al derecho a una educación intercultural para los pueblos indígenas (inc. 17). Además, el art. 38 garantiza a los partidos políticos el acceso a la información pública y la difusión pública de sus ideas.

## DEBATE DEMOCRÁTICO

La libertad expresiva contiene un valor adicional, pues, además de fortalecer la libertad y la dignidad personales, favorece el descubrimiento de la verdad en cualquier ámbito y materia, mediante la práctica del libre debate. La defensa de la libertad de expresión en las repúblicas democráticas se sustenta en la necesidad de facilitar el debate acerca de las cuestiones de interés público y sobre las opciones políticas y partidarias que se presentan al ciudadano a fin de que éste forme su propio juicio, critique, enmiende, elija entre opciones o cree

otras nuevas y, al hacerlo, fortalezca y perfeccione el sistema. Esa capacidad de la expresión libre para favorecer el debido proceso de-mocrático la hace acreedora de una mayor protección, la convierte en una libertad estratégica y preferida. Sin embargo, la precedencia de la libertad de expresión sobre los Otros derechos está directamente vinculada a su valor estratégico para el resguardo de la democracia y en la medida en que sirva a su defensa o funcione como herramienta para la propuesta de cambio social o político deseado por el pueblo.

---

## UNIDAD 8: LOS MECANISMOS DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVOS DEL PODER EN EL ESTADO ARGENTINO

### APARTADO A

#### DIVISIÓN DE PODERES EN EL ESTADO FEDERAL

Nuestra CN formal ha acogido el sistema clásico de la llamada división de poderes, consistente en el reparto de órganos y funciones dentro de la tríada que nuestra CN compone con el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esto no quita que reconozcamos la existencia de órganos creados por la propia CN por fuera de la tríada (extrapoderes).

La división de poderes en nuestro DC responde a la ideología de seguridad y control que organiza toda una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en sus libertades y derechos. Esta estructura divisoria debe interpretarse siempre en torno a la finalidad básica que persigue: evitar la concentración de poderes que degenera en tiranía (Ulises) y resguardar así la libertad de las personas (los dientes y la muralla).

### APARTADO B: ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS EN LOS TRES PODERES

## PODER EJECUTIVO

### SISTEMA DE VOTO DIRECTO Y DE DOBLE VUELTA, MAYORITARIO UNINOMINAL DE LISTA COMPLETA

Es regla y por defecto ir a doble vuelta, a menos que se dé alguna de las siguientes condiciones que establece la Constitución:

A. Si la fórmula saca más del 45% de los votos (casi la mitad del padrón), no hay doble vuelta porque se considera que hay un acompañamiento de legitimidad que lo justifica

B. Si saca más del 40% con tope máximo hasta el 45 %, y se encuentra a una distancia mayor de 10 puntos respecto a la minoría que le sigue.

El PEN es uninominal (presidente). Se trata de un cargo unipersonal aunque es electo directamente por el pueblo en fórmula junto al vicepresidente.

- Existen cargos que funcionan como auxiliares del PEN, estos son: Jefe de Gabinete de Ministros, y los Ministros del PEN, todos designados por el presidente. Son simples asesores, colaboradores y asistentes.

Artículo 94.- El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Artículo 95.- La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio.

Artículo 96.- La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Artículo 97.- Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

Artículo 98.- Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

<u>PODER LEGISLATIVO</u>	VICEPRESIDENTE	<p>Ejerce el cargo de presidente nato de la Cámara de Senadores. Es elegido directamente por el pueblo en fórmula por el presidente de la Nación.</p> <p>No es el PE. Es una figura particular porque no tiene una función relevante porque no representa a nadie salvo en caso de empate. Preside pero no habla. Es el único cargo que puede completar directamente el mandato del Presidente en caso de Acefalía.</p>
	SENADORES	<p>SISTEMA DE VOTO DIRECTO, MAYORITARIO PLURINOMINAL DE LISTA INCOMPLETA</p> <p>Corresponden dos bancas al partido político que obtenga el mayor números de votos y la restante al partido político que le sigue. Se eligen 3 senadores por provincia y se renueva <math>\frac{1}{3}</math> cada dos años. Se eligen en cada provincia y representan a éstas.</p>
	DIPUTADOS	<p>SISTEMA DE VOTO DIRECTO PROPORCIONAL D'HONDT</p> <p>Elegidos directamente por el pueblo a simple pluralidad de sufragios mediante el sistema D'Hondt. La Cámara se renueva por mitad. También se eligen en las provincias pero representan al pueblo de la Nación .</p>
<u>PODER JUDICIAL</u>	MAGISTRADOS CSJN	<p>SISTEMA DE VOTO INDIRECTO</p> <p>Deben ser nombrados por el Presidente, con acuerdo del Senado, donde deben ser aprobados por un mínimo de <math>\frac{2}{3}</math> de sus miembros presentes. La CSJN tiene una legitimidad popular indirecta (esto es propio del modelo norteamericano). No los elige directamente el pueblo, pero son nombrados por dos órganos que tienen respaldo popular: PE y sobretodo PL (por eso el Senado debe acordar)</p>
	MAGISTRADOS DE TRIBUNALES INFERIORES	<p>SISTEMA DE VOTO INDIRECTO</p> <p>Designados por el PE con el acuerdo del Senado: El Consejo de la Magistratura propone una terna (3 candidatos) vinculante. Su carácter vinculante está dado porque el presidente deberá solo elegir entre los candidatos propuestos, no necesariamente en el orden de mérito.</p>

## ÓRGANOS AUXILIARES

Como hemos mencionado previamente, la teoría clásica de Montesquieu ha elaborado una triada o trinidad de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y ha incluido en esa triada a todos los órganos y todas las funciones del poder. No obstante, como también se ha mencionado, aparecen órganos auxiliares o extrapoder que, como su nombre lo indica, se encuentran al margen o fuera de los tres poderes, aunque sí están en relación con los mismos. En nuestra CN, estos fueron instituidos en la reforma del '94, y son:

### → MINISTERIO PÚBLICO

Se lo considera un cuarto poder, ya que es el único órgano que fuera de la triada de Montesquieu que no aparece dentro de la sección normativa de alguno de estos tres poderes, sino en una cuarta sección. Sin embargo, Bidart Campos cree que no es así y dice que si bien no forma parte del poder judicial, es un órgano auxiliar que se adosa como extrapoder. Sus miembros son designados por el PEN con acuerdo del Senado (se requiere  $\frac{2}{3}$  de los presentes para ser aceptados)

#### **ARTÍCULO 120**

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. 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 e intangibilidad de remuneraciones.

### → AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Ejerce una administración de las denominadas "consultivas", y es obligación del Congreso que el examen a su cargo sobre el desempeño y la situación de la administración pública se sustente en los dictámenes de la misma Auditoría. Hay competencias de ejercicio obligatorio: la de la Auditoría, de dictaminar en los términos y con el alcance que surgen del art. 85, y la del Congreso, de ejercer el control que la norma le asigna una vez que cuenta con el dictamen previo.

#### **ARTÍCULO 85**

El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del PL. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación (...)

Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada (...) y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

## → DEFENSOR DEL PUEBLO

Carga con la obligación de defensa y protección de los derechos humanos conforme al art. 86, y tiene legitimación procesal lo que proyecta hacia los jueces el deber de reconocerse

### ARTÍCULO 86

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. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

## LA IDEA DE LA REPRESENTACIÓN Y EL SISTEMA DE PARTIDOS

### DERECHOS POLÍTICOS - ARTÍCULO 37

### ARTÍCULO 37

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

## Derechos Políticos

Cuando valoramos a la democracia como una forma de estado, los derechos políticos, los partidos y el régimen electoral encuentran su ámbito. Y aún más: en nuestras valoraciones actuales, son un ingrediente constitutivo del sistema democrático, porque definido éste en torno de los derechos humanos, no cabe duda de que los derechos políticos (y sus contenidos conexos, que son los partidos y el régimen electoral) integran hoy el plexo de aquellos derechos, al lado de los derechos civiles y de los derechos sociales.

Los derechos políticos son tales cuando, únicamente:

- a. se titularizan en sujetos que tienen:
  - calidad de ciudadanos —o siendo extranjeros, reciben excepcionalmente esa titularidad en virtud de norma expresa
  - calidad de entidades políticas reconocidas como tales —por ej.: los partidos
- b. no tienen ni pueden tener otra finalidad que la política.

De este modo, el área de los derechos políticos se estrecha, pero adquiere una caracterización bien concisa, que traza la línea divisoria frente a los derechos civiles.

La norma contiene una garantía basado en el principio de la soberanía popular, las notas que caracterizan al sufragio en el sistema argentino y una aplicación concreta del principio de igualdad material entre varones y mujeres, en materia electoral.

Entre los derechos políticos garantizados se incluye, en primer lugar, el sufragio, activo y pasivo: el derecho a consumir partidos políticos o formar parte de ellos; el derecho de reunión y manifestación.

## Igualdad real de oportunidades

Obligación de generar acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral para este fin

Se intenta avanzar en ello a través de la Ley de Cupo Femenino (24012), en cuya disposición transitoria plantea que las listas de postulantes que se presenten para elecciones nacionales “deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas”

En Noviembre de 2017 se sancionó la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política (Ley 27.412). La misma modifica el Artículo 60 bis del Código Electoral estableciendo como requisito para la oficialización de listas de Senadores/as y Diputados/as nacionales, como Parlamentarios/as del Mercosur, la obligatoriedad de ubicar de manera intercalada mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a hasta el/la último/a candidato/a suplente.

A su vez, determina que en los casos de muerte, separación, renuncia, inhabilidad o incapacidad las sustituciones deberán ser por personas del mismo sexo según el orden de titularidad correspondiente. Paralelamente, en el Artículo 7 se determina que el acceso a cargos partidarios debe estar contemplado en la carta orgánica del Partido Político. En caso de incumplimiento en alguno de los artículos de la Ley, la sanción es la caducidad del Partido Político.

Esta Ley representa un gran avance en materia de derechos adquiridos para las mujeres dentro del ámbito de la vida política, ya que materializa la lucha por la igualdad que se viene llevando a cabo hace muchos años en nuestro país. La igualdad de género, concebida como un derecho humano, tiene que ser promovida y garantizada a fin de construir una sociedad más justa e igualitaria.

## Sufragio

Dentro de los derechos políticos, se encuentran los derechos electorales. En nuestro país es un derecho-deber desde los 18 a los 70 años de edad, mientras que es sólo un derecho, no deber, entre los 16 y los 18 y desde los 70 en adelante

Permite la participación del ciudadano en la designación de los representantes del pueblo, de algunos funcionarios públicos o la aprobación/rechazo de ciertos actos de gobierno.

Además, se establece que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. Esto significa:

- **UNIVERSAL:** Todo ciudadano mayor de 18 (16) años tiene derecho a voto sin distinción o discriminación alguna. Se diferencia del voto calificado o restringido, donde sólo puede votar quien tiene cierta calificación (como por ejemplo, cierto nivel educativo alcanzado o propiedades)
- **IGUAL:** Principio pluralista de 1 ciudadano = 1 voto

- **SECRETO:** Se busca garantizar a cada ciudadano la posibilidad de votar por quien desee en el cuarto oscuro sin presiones que puede generar el voto público, garantizando la libertad de elección.
- **OBLIGATORIO:** En Argentina es un derecho-deber entre los 18 y 70 años. Igual hay que considerar que sí es facultativo (es decir, es derecho y no deber) para personas de 16/16 o mayores de 70 años.

Cabe considerar que en Argentina el voto es, además, DIRECTO. Es decir, elegimos directamente a nuestros representantes. Sin embargo, hemos tenido voto indirecto durante la década de 1880 con el Colegio Electoral (elegíamos a los representantes del mismo, y ellos eran quienes votaban).

## EXCEPCIONES AL DEBER DE VOTAR

Todo elector tiene el deber de votar en la elección nacional en su distrito. Quedan exentos:

1. Jueces y sus auxiliares que deban asistir a sus oficinas y mantenerlas abiertas durante la elección
2. Los que el día de la elección se encuentren a más de 500 kilómetros del lugar donde deban votar y justifiquen que el alejamiento obedece a motivos razonables (deben presentarse el día de la elección a la autoridad policial más próxima, la que extenderá certificación escrita que acredite la comparecencia)
3. Enfermos o imposibilitados por fuerza mayor, suficientemente comprobada, que les impida asistir al acto. Estas causales deberán ser justificadas en primer término por médicos del servicio de sanidad nacional; en su defecto por médicos oficiales, provinciales o municipales, y en ausencia de éstos por médicos particulares
4. El personal de organismos de servicios públicos que realicen tareas que le impidan asistir al comicio. En ese caso el empleador o su representante legal comunicarán al Ministerio del Interior y Transporte la nómina respectiva con diez (10) días de anticipación a la fecha de la elección, expidiendo además la certificación correspondiente.

## PARTIDOS POLÍTICOS - ARTÍCULO 38

*ORGANIZACIÓN PERMANENTE DE UN GRUPO DE PERSONAS QUE ESTÁN UNIDAS POR UNAS MISMAS OPINIONES SOBRE LA VIDA POLÍTICA Y QUE TIENE COMO FIN LA CONQUISTA DEL PODER POLÍTICO*

Son organizaciones de derecho público no estatal, que funcionan como auxiliares del Estado como elementos necesarios para el desenvolvimiento de la democracia. Los partidos políticos ingresaron en la CN a través de la reforma de 1994, que estableció garantías para su creación, funcionamiento y libertad con el único límite del respeto a la Constitución.

### ARTÍCULO 38

Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

## ELEMENTOS A DESTACAR

- LOS PARTIDOS SON INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Aparecen con la democracia de masas y el sufragio universal, pero en 1994 se reconoce su papel en la democracia

- ASEGURA LA PARTICIPACIÓN DE LAS MINORÍAS

Todos deben tener garantizada la representación

- HABILITA OFICIALMENTE A LOS PARTIDOS A PRESENTAR A SUS CANDIDATOS PARA CARGOS ELECTIVOS

No hay candidatos independientes, sólo se llega al poder por medio de partidos (art 2 de la Ley Orgánica de PP)

- OTROS
  - Garantiza a los partidos el acceso a la información pública y la difusión de ideas
  - Obliga a dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio (presentar estados contables, donde quede claro de dónde sacaron sus fondos y a donde los destinaron)

### **PUBLICIDAD DE PATRIMONIO Y FONDOS**

El Estado, mediante el artículo 38, se ve obligado a contribuir al sostenimiento de los PP. Esto tiene una doble finalidad:

- Asegurar el pluralismo democrático
- Disminuir la dependencia de los partidos a grupos de presión (poder)

Por su parte, los partidos están obligados a dar publicidad a las contribuciones que reciben y de qué modo las utilizan. Para garantizar la transparencia de este proceso se imponen controles sobre el patrimonio. Para lograr esto:

- El patrimonio de los partidos debe ser público
- Los partidos que reciben fondos del Presupuesto Nacional y contribuciones privadas para cubrir los gastos de campañas electorales y desenvolvimiento institucional, reciben controles estrictos para evitar actos corruptos.

### **Ley Orgánica de Partidos Políticos N° 23.298**

- ART 3 | REQUISITOS

La existencia de los partidos requiere de las siguientes condiciones sustanciales:

1. Grupo de electores, unidos por un vínculo político permanente
2. Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno (que sus autoridades se elijan democráticamente)<sup>62</sup>
3. Reconocimiento judicial de su personería jurídico-política como partido y su inscripción en el registro público

- ART 29 | PASO

Se establece el sistema de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para designar cargos electivos.

- ART 51 | CAUSALES DE EXTINCIÓN

Entre algunas causas de disolución de los partidos se encuentra la realización por parte de las autoridades de delitos de acción pública, o si llegaron a impartir instrucción militar a sus afiliados o los organizaran militarmente.

**Funciones**

- RESPECTO A LOS CIUDADANOS (ELECTORES)
  - ➔ CONTRIBUYEN A FORMAR SU OPINIÓN POLÍTICA: Con sus programas, los PP ofrecen una forma sistemática de ver y analizar la realidad, junto con las alternativas para cambiarla. Si no existieran estos programas, habría tantas opiniones como electores.
  - ➔ CONTRIBUYEN A EXPRESAR LA OPINIÓN DE LA CIUDADANÍA: Son canales de expresión popular e instrumentos de participación, formulación de políticas e integración del gobierno. La complejidad de los asuntos públicos: la democracia constitucional no podría funcionar sin la libre competencia de los partidos, que constituyen el papel de “mediadores entre la sociedad y el Estado”
- **RESPECTO A LOS GOBERNANTES**
  - ➔ CONTRIBUYEN A SU ELECCIÓN: Ofrecen a los gobernantes el programa y el equipo para gobernar
  - ➔ INFLUYEN EN EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA POLÍTICO: Son los que efectivamente gobiernan, los que desde la oposición controlan y critican la acción de gobierno, y los que garantizan la sucesión política
  - ➔ CANAL DE RELACIÓN ENTRE GOBERNANTES Y GOBERNADOS

En resumen

*Tienen la función de proveer la dirección política de la alta jerarquía en el Estado, formular los planes para la realización de la política nacional, seleccionar lo mejor de sus candidatos para cargos públicos electivos, canalizar la voluntad popular y la opinión, mediante una constante labor de información política al pueblo*

## Tipos de Partidos

Giovanni Sartori realizó una clasificación de los partidos políticos, teniendo en cuenta como criterio la cantidad de partidos que tienen posibilidad de acceder al poder en cierto sistema:

PARTIDO ÚNICO	Un partido monopoliza el poder, no permite la existencia de otras fuerzas políticas
PARTIDO HEGEMÓNICO	Un partido monopoliza el poder pero permite la existencia de otros partidos, siempre que no signifiquen una competencia real. Buscan dar una imagen de pluralismo político, pero la igualdad es inexistente.
PARTIDO DOMINANTE	Obtiene mayoría absoluta de electores, en un marco de pluralismo político. Está permitida la competencia, pero ganan las elecciones varias veces por decisión del pueblo (algo que puede variar)

BIPARTIDISMO	Encontramos dos partidos principales, propios de una estructura bipolar. En las contiendas electorales, la diferencia entre ambos es muy reducida, por lo que el gobierno siempre es una alternancia entre ambos partidos que intentan derribarse entre sí constantemente (USA, Argentina UCR vs peronismo)
PLURALISMO MODERADO	El número de partidos importantes oscila de 3 a 5. Por eso, muchas veces se forman gobiernos de coalición que derivan nuevamente en estructuras bipolares.
PLURALISMO EXTREMO	Existen 5, 6 o más partidos relevantes y distanciados ideológicamente. También se forman coaliciones, pero no derivan en bipolarismo sino que se mantiene la estructura multipolar.
PLURALISMO ATOMIZADO	Demasiadas fuerzas políticas al mismo tiempo. Es el caso de Argentina actualmente, en donde podemos encontrar más de 500 partidos políticos.

## LA REPRESENTACIÓN Y LOS SISTEMAS ELECTORALES

Como dijimos previamente, el sistema electoral es uno de los pilares básicos del sistema representativo. Para Riberi, hay que pensar como sistema porque son columnas, el sistema tiene que ser coherente. En este sentido, podemos decir que Constitución, Ley electoral y Ley de Partidos tienen que estar relacionados.

### ¿PARA QUÉ SIRVE UN SISTEMA ELECTORAL?

Su función radica en traducir votos en espacios de poder mediante una fórmula. En nuestro país contamos simultáneamente con varios sistemas, por lo que se considera mixto

### TIPOS DE SISTEMA ELECTORAL

#### → MAYORITARIOS

En estos, quien obtiene la mayor cantidad de votos, es quien gana en principio los espacios en disputa. Es un sistema que recompensa a quien gana (“the winner takes it all”).

Si hablamos de mayoría siempre es más del 50%  
Si gana con el 35% es primera minoría

## CLASIFICACIÓN



## → PROPORCIONALES

Esos espacios de poder en T2 (una vez ocupados los cargos) son el resultado de la aplicación de una regla de proporción que aplica al momento T1 (momento de la elección). Esa proporción está basada en el principio de que la adjudicación de cargos debe guardar una relación proporcional entre la cantidad de votos y los espacios de poder. Es una lógica contraria a la de “the winner takes it all”, sino en la relación de proporción.

### CLASIFICACIÓN

REGLA DE 3 SIMPLE	Tienden a parecerse a esta regla, son los más proporcionales de todos y se basan en un cálculo de porcentaje
IMPERIALIS	Es el menos proporcional de todos, tiende a recompensar al que gana
SISTEMA D'HONDT	Es proporcional pero refuerza a quien gana para mantener la gobernabilidad pero afectando al multipartidismo

### **EL SISTEMA D'HONDT**

Tipo particular de sistema electoral (reglas y principios destinados a la elección de magistrados). Busca fortalecer y premiar a los partidos mayoritarios (es prácticamente el menos proporcional de los sistemas proporcionales), ya que en este sistema mientras más partidos, más se beneficia el que obtenga más votos.

### CÓMO FUNCIONA

Este sistema de cocientes, en el que se siguen los siguientes pasos:

1. Se realizan una serie de divisiones consecutivas del número de votos obtenidos por cada partido (se hace en cada lista) por tantas veces como cargos a llenar hubiera (esto es,  $x1$ ,  $x2$ ,  $x3$  y así sucesivamente hasta llegar a aquel número)
2. Los cocientes obtenidos se ubican por orden decreciente, cualquiera sea la lista de la que provengan. En la lista se ubican tantos cocientes como cargos a elegir.
3. El que resulte menor entre todos ellos se convierte en la cifra repartidora por la que se dividen los totales conseguidos por cada lista. El resultado indica el número de cargos que esa lista ha obtenido

### EJEMPLO

Tomaremos una elección de medio término: cambia la mitad de legisladores en Córdoba, donde al tener 20 legisladores en el Congreso, se renuevan 10 (hay 10 bancas para ocupar), y hay 8 listas que se presentan. Tenemos entonces:

10 CARGOS DE LEGISLADOR					8 LISTAS COMPITIENDO			
	A	B	C	D	E	F	G	H
1	100.000 <sup>63</sup>	80.000	60.000	40.000	30.000	20.000	5.000	1.000
2	50.000	40.000	30.000	20.000	15.000	10.000	2.500	500
3	33.000	27.000	15.000	10.000	7.500	5.000	1.700	250
... (10)								

Lista A: 3	Lista B: 3	Lista C: 2	Lista D: 1	Lista E: 1
------------	------------	------------	------------	------------

## DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN LA CN E INSTITUTOS DE DEMOCRACIA SEMI-DIRECTA

### ARTÍCULO 22

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.

Un sistema de democracia directa posibilitaría un contacto inmediato del ciudadano con los asuntos públicos, pero es un sistema muy difícil de lograr el día de hoy.<sup>3</sup> El Estado argentino por lo tanto, ha adoptado la democracia representativa como forma de gobierno; este sistema permite algunos matices, ya que permite armonizarlo con formas semidirectas de democracia

Los institutos de democracia semidirecta llevan ese nombre porque siempre implican una instancia indirecta, llevada a cabo por los representantes, y una instancia directa, que depende de la participación ciudadana para la elaboración de leyes.

Nacen con la reforma del 94 que buscaba robustecer controles y atenuar el hiperpresidencialismo. Para atenuar la crisis de representación se crean los institutos de democracias semi directas, que buscan reconciliar y robustecer las medidas del gobierno.

- Art 39 → iniciativa popular (nace desde la gente al estado, obliga al PE tratar el proyecto de ley en menos de un año)

<sup>3</sup> Esto también se ve reflejado en los Papeles del Federalista X, cuando habla de la República Extensa

- Art 40 → consulta popular vinculante y no vinculante (surge del estado a la ciudadanía consultada)

## LA INICIATIVA POPULAR (LEY 24.747)

### **ARTÍCULO 39**

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

La iniciativa popular implica el ejercicio de una función pública no estatal, mediante la cual los ciudadanos solicitan el tratamiento de un proyecto de ley a fin de lograr la sanción, reforma o derogación de una norma jurídica en la que estén interesados. Para lograrlo elaboran un proyecto de ley, cuyo contenido es revisado por el Defensor del Pueblo en un plazo de no más de diez días previo a la recolección de las firmas requeridas por la ley, y así el proyecto entra a Diputados. La Cámara está obligada a tratar el proyecto durante 12 meses y dar una respuesta expresa en ese lapso, pero no está obligada a su aprobación.

Es un proceso complejo, porque requiere la participación de al menos 6 distritos electorales (provincias), de la Defensoría del Pueblo de cada uno y una cantidad muy grande de firmas. La CN establece que el Congreso no puede exigir más del 3% del padrón electoral de los ciudadanos en la ley de iniciativa popular. La Constitución establece el máximo posible, la ley reglamentaria no puede superarlo.

En caso que el congreso no lo trate dentro del año legislativo, se encuentra en falta constitucional.

## LEY REGLAMENTARIA 24.747

Art3 “No podrán ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”

Art 4 “La iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5 %) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales”

A partir de la ley vemos que el mínimo de firmas requerido es del 1,5% del padrón electoral. Si logra cualquier número superior a eso puede entrar a la Cámara de Diputados. Esto nos muestra que la ley reglamentaria es para regular la conducta de los legisladores, no del pueblo

### CONSULTA POPULAR (LEY 25432).

#### **ARTÍCULO 40**

El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

La consulta popular es uno de los instrumentos de la democracia semidirecta. El electorado decide directamente acerca de una cuestión de interés sustantivo para el Estado sobre el mantenimiento, modificación o derogación de una norma, respondiendo por sí o por no. Esta puede ser vinculante o no vinculante, según cual sea su carácter son las características que debe tener su votación.

Un ejemplo de consulta popular es la llevada a cabo sobre el canal de beagle con Chile durante la presidencia de Menem.

ART 39 (LEY 24.747)	ART 40 (LEY 25.432)
<a href="https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24747-41025/texto">https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24747-41025/texto</a>	<a href="https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25432-67518/texto">https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25432-67518/texto</a>
art 39: INICIATIVA POPULAR (llevada a Diputados y tratarla dentro de 12 meses, obligada al tratamiento no aprobación, puede modificar o adicionar al proyecto; se gira a Senadores quienes tienen tratamiento expreso. Si se aprueba se establece una ley reglamentaria por la mayoría absoluta de la totalidad miembros Congreso)	art 40: CONSULTA POPULAR (iniciativa nace desde Diputados, no puede ser vetada. El voto afirmativo hace ley y se promulga automáticamente. Congreso lleva el control de la consulta y sus términos)

Representación popular en una democracia semidirecta (pueblo no delibera, ni gobierna sino por medio de sus representantes). Hay participación política en decisiones políticas con un mínimo de firmas (1,5% padrón electoral)	<p>Consulta Vinculante: si ambas cámaras aceptan, no puede ser derogado por PE. Mediante sufragio para electorado. Mayoría establecida por el Congreso, basta con mayoría absoluta en el padrón electoral. Se somete a control de constitucionalidad</p> <p>Consulta No Vinculante: Congreso como PE someten a consultas a fin de asumirlas o no. No están obligados a obedecer</p>
Iniciativa popular es ejercicio función pública no estatal por la que ciudadanos peticionan tratamiento de proyecto de ley para sancionar, reformar o derogar norma jurídica (no se tratan temas de reformas constitucionales, tratados internacionales, tributos, presupuesto o materia penal)	Consulta popular proporciona participación más intensa de ciudadanía, el electorado decide directamente por cuestiones de intereses sustantivo del estado. Si es en base a una norma, es un referéndum; si es por cuestiones de importancia estatal, es un plebiscito. Se excluye la consulta vinculante a las enmiendas de la CN.

LEY	INICIATIVA POPULAR	CONSULTA POPULAR	
		VINCULANTE	NO VINCULANTE
<b>donde nace</b>	Ciudadanos	iniciativa de Diputados	convocatoria realizada por el Poder Ejecutivo Nacional, senadores o diputados.
<b>procedimiento para iniciarlo.</b>	presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación	La ley de convocatoria a consulta popular vinculante deberá tratarse en una sesión especial y ser aprobada con el voto de la mayoría absoluta de miembros presentes en cada una de las Cámaras.	La convocatoria realizada por el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuarse mediante decreto decidido en acuerdo general de ministros y refrendado por todos ellos. Si es convocada por cualquiera de las Cámaras del Congreso deberá ser aprobada por el voto de la mayoría absoluta de miembros presentes en cada una de ellas.

<b>requisitos del pueblo</b>	firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5 %) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales (provincias).	En todo proyecto sometido a consulta popular vinculante, el voto de la ciudadanía será obligatorio. Si vota menos del 35% del padrón electoral, es una elección no válida y no se convierte en ley.	Como es no vinculante no tiene es obligatorio el voto.
<b>requisitos del estado</b>	justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor 20 días	La consulta popular deberá realizarse dentro de 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	
<b>Proceso para sancionar la ley</b>	Admitido el proyecto de ley por iniciativa popular ante la Cámara de Diputados de la Nación, el Congreso deberá darle expreso tratamiento dentro del término de 12 meses	Proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante obtenga la mayoría de los votos válidos afirmativos, se convertirá automáticamente en ley.	La consulta popular no vinculante convocada a instancia de cualquiera de las Cámaras del Congreso deberá ser aprobada por el voto de la mayoría absoluta de miembros presentes en cada una de ellas. Voto afirmativo: incorpora al plan de trabajo del Congreso de la Nación.

### **ANTECEDENTE EN ARGENTINA**

En nuestro país, antes de la Reforma de 1994 y por lo tanto antes de la sanción del artículo 40, el presidente de la Nación Alfonsín convocó a consulta popular no vinculante sobre el acuerdo con la República de Chile por la cuestión de límites en el canal de Beagle. En el proyecto se establecía que Chile no tenía derecho sobre el Atlántico y que Argentina no los tenía sobre el Pacífico. La consulta fue realizada con una mayoritaria concurrencia, pese a que el sufragio no fue obligatorio para el electorado, y el voto de la población fue afirmativo por gran mayoría. La gente votó a favor del acuerdo con Chile y eliminar toda posibilidad de conflicto.

## LAS PASOS (PRIMARIAS, ABIERTAS, SIMULTÁNEAS Y OBLIGATORIAS)

Cuando el mencionado artículo 38 hace referencia a garantizar la competencia para la postulación de candidatos a los cargos públicos de elección popular, entreabre espacios sugestivos, que pueden ser razonablemente cubiertos por la ley de partidos políticos y por la de régimen electoral, así como por decisiones internas de los mismos partidos. Esto deja en claro, por un lado, que el Estado debe garantizar a los partidos una competencia interna entre los afiliados que aspiran a investir el papel de candidatos, y por otro, que no puede prohibirse la postulación partidaria de candidaturas para ofrecer al electorado.

ACTUALMENTE ESTO SE REGULA A TRAVÉS DE LAS P.A.S.O (LEY 26571)

Estas son elecciones que tienen lugar el segundo domingo del mes de agosto de los años impares.

¿QUÉ SIGNIFICA LA SIGLA P.A.S.O.?

Refiere a elecciones de tipo:

- PRIMARIAS: Por el método de selección de candidaturas para cargos públicos electivos nacionales y de habilitación de partidos y alianzas para competir por tales cargos. Es decir, una o más listas de precandidatos de un mismo partido o alianza compiten entre sí, para conformar la candidatura con la que una agrupación política determinada podrá presentarse en las elecciones nacionales (primero se determinarán las candidaturas oficiales por partido)
- ABIERTAS: Participan todos los ciudadanos, estén o no afiliados a un partido político.
- SIMULTÁNEAS: Se celebra en un mismo acto electoral (simultáneamente, al mismo tiempo) en todo el país.
- OBLIGATORIAS: Derecho-deber para todos los ciudadanos que figuran en el padrón. Sus exenciones se manejan igual que para toda otra votación nacional.

¿QUÉ SE VOTA EN LAS P.A.S.O.?

Los ciudadanos votan listas de precandidatos para los siguientes cargos electivos nacionales:

- Cada 4 años: Presidente y Vicepresidente de la Nación en todo el país
- Cada 2 años: 127 ó 130 Diputados Nacionales, en todas las provincias y en la CABA
- Cada dos años: 24 Senadores Nacionales, en ocho distritos

¿QUIÉNES VOTAN?

- Derecho-deber: Los que tengan 18 años o más a la fecha de la elección nacional, y hasta los 70 años.
- Derecho: Todos los argentinos que tengan 16 años o más a la fecha de la elección nacional, más de 70 años

Quienes tengan 17 años y cumplan los 18 hasta el mismo día de las elecciones nacionales, también se incluyen en el padrón electoral y deben votar. Cuando tienen 16 y van a cumplir 17, se aplica lo mismo pero como derecho y no derecho deber.

¿CÓMO SE VOTA?

Igual que en las elecciones nacionales, presentando el DNI e ingresando al cuarto oscuro. Las boletas tienen distintos colores, cada una representando un partido o alianza, y contienen fotografías de los precandidatos a

finde de que el elector lo identifique, y para diferenciar cuando una agrupación presenta varias listas de precandidatos (tendrán mismo color y denominación pero distintos representantes). Además, tienen distintos cuerpos de acuerdo a las categorías electivas para las cuales el partido o alianza presente precandidaturas. Finalmente, el elector sólo podrá votar por una precandidatura o lista de precandidatos de su preferencia para cada una de las categorías. Podrá votar una boleta completa o cortar boleta para distintos cargos (listas internas de un mismo partido o de partidos diferentes)

### ¿QUIÉNES PUEDEN POSTULARSE A LAS ELECCIONES GENERALES?

Una agrupación política determinada podrá presentarse en las elecciones nacionales, siempre que haya obtenido entre todas sus listas de precandidatos un umbral de apoyo mínimo equivalente al 1,5% de los votos válidos en el distrito y para la categoría de cargo en la que pretenda competir en los comicios nacionales.

## APARTADO C: MECANISMOS DE REMOCIÓN Y DE RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS

Como mencionamos antes, la responsabilidad de los funcionarios en el sistema republicano es de tres tipos: política, administrativa y judicial (penal-civil). Cuando hablamos de remoción de funcionarios que tienen alta legitimidad e integran los poderes del Estado, estamos en el ámbito de lo político. Por medio de estos mecanismos pueden ser removidas antes de que cumplan la duración del mandato. Se trata de mecanismos constitucionales (de responsabilidad) para “desembarazarnos” de ciertos funcionarios públicos, para tomar medidas ante casos en que el poder se descalabre (cuando Ulises se quiere desatar).

### 1. EL JUICIO POLÍTICO

Los artículos 53, 59 y 60 de la CN CN regulan un proceso excepcionalísimo que en la Argentina se denomina juicio político, y que fue tomado de la figura del impeachment americano.

#### ➤ FINALIDAD INMEDIATA

La eventual destitución del funcionario por alguna de las causales previstas. De manera accesoria según la interpretación de la Doctrina, la inhabilitación.

#### ➤ FINALIDAD MEDIATA

Ejercicio de uno de los controles políticos inter-órganos, desde el PL hacia el PE y el PJ

Se podría decir que es un como un antejuicio ya que no hay una condena judicial. Como su nombre lo indica, la naturaleza del juicio político es meramente política. Su propósito, sus acusaciones, los organismos que participan y sus efectos son políticos. Es decir, no generará en sí mismo efectos jurídicos (penales). Aún en el caso de que el motivo de acusación implique delitos, el juicio tiene sólo este tipo de efectos.

(El accesorio sigue la suerte de lo principal. No tiene sentido completar el juicio político si se renuncia al cargo. No hay una decisión, se vuelve abstracta la causa. El efecto negativo es que tampoco puede operar lo accesorio que es la inhabilitación)

### PROCEDIMIENTO

## → Primera Etapa

### ARTÍCULO 53

Sólo ella (Cámara de Diputados) ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes

#### 1. ACUSADOR FISCAL | CÁMARA DE DIPUTADOS (ante el Senado)

Para acusar necesita el voto afirmativo de  $\frac{2}{3}$  de los presentes.

#### 2. POSIBLES SUJETOS A JUICIO POLÍTICO

- PRESIDENTE
- VICEPRESIDENTE
- JEFE DE GABINETE
- MAGISTRADOS DEL PEN
- MAGISTRADOS DE LA CSJN

#### ¿CÓMO FUNCIONA?

Si hay alguna denuncia o se entiende que el presidente merece el juicio político, hay una Comisión dentro de la Cámara de Diputados que evalúa y pondera el caso, en su verosimilitud de la acusación y si se obtiene las mayorías necesarias (Reglamento de la Cámara de Diputados) luego es decidido sobre tablas como plantea la C que dice que debe haber un consenso mayoritario de dos terceras partes, entonces se elige una Comisión con los integrantes de ese juicio político que va a acusar al presidente ante la Cámara de Senadores, que en pleno de un gran jurado también decidirá con  $\frac{2}{3}$  partes de los miembros presentes si se da lugar al juicio político y por lo tanto es removido y accesoriamente inhabilitado (no puede ser funcionario por un tiempo).

#### 3. CAUSALES DE REMOCIÓN

- MAL DESEMPEÑO

Implica una valoración político institucional no partidaria de los actos y omisiones de los funcionarios, teniendo a la vista resultados y consecuencias de aquel obrar para las instituciones o para la confianza pública de los ciudadanos.

Se basan en apreciaciones objetivas; problemas físicos o mentales, por ejemplo. No es susceptible de ninguna reglamentación infraconstitucional, porque normas ajenas a la constitución no pueden fijarle supuestos configurativos, ya que es el senado el que, de acuerdo con su juicio, puede y debe valorar por sí mismo si tal o cual conducta implica desempeñarse mal

-No son reglamentables en el sentido de que hay una gran variedad de ideas respecto a lo que es el mal desempeño. Debe tener determinadas características pero no necesariamente tiene que ver con una cuestión moral, si no con la performance o insatisfacción que puede tener el Congreso respecto a cómo se está

cumpliendo no el programa de gobierno. Entonces el mal desempeño puede ser producto de una enfermedad o alguna situación particular que afecte la capacidad que tenga el agente para cometer sus deberes constitucionales.

### ➤ DELITOS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN (ART 36)

Se requiere del cumplimiento del principio de legalidad para acusar, y eventualmente destituir al funcionario, el delito tiene que haber sido tipificado previamente.

### ➤ CRÍMENES COMUNES

#### MALA CONDUCTA EN MAGISTRADOS DE LA CSJN

En el caso de los magistrados de la CSJN se agrega la “mala conducta” como causal de remoción. Esto se relaciona con el artículo 110 de que los jueces mantendrán su cargo mientras dure su buena conducta. A su vez, Gelli agrega que como los jueces no son elegidos periódicamente, su legitimidad se debe a su idoneidad, por ello, el examen de su conducta debe ser riguroso.

### → Segunda Etapa

#### ARTÍCULO 59

Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes

#### 1. ÓRGANO JUEZ | CÁMARA DE SENADORES

Producida la acusación una vez votada por la Cámara de Diputados, aquel debe constituirse en tribunal y sus integrantes prestar expreso juramento de actuar con imparcialidad y rectitud. El juramento tiene, también, un valor simbólico de formal compromiso ante el acto trascendental que habrán de realizar. Si se alcanzan los 2/3 de los miembros presentes sobre el quórum legal para la destitución, debe emitirse la sentencia respectiva. Según Gelli, esta sentencia debe ser fundada, aún cuando la CN no lo exprese, ya que este es un deber del Estado de Derecho (todos los actos deben sostenerse lógicamente en razones compatibles y armónicas con las decisiones que se adopten). Además, debe darse oportunidad a que el enjuiciado se defienda, argumentando a viva voz, por sí mismo o por medio de sus letrados (argumentación pública).

#### 2. EL CASO DEL PRESIDENTE

La CN dispone que si el acusado es el presidente de la Nación, el Senado debe ser presidido por el presidente de la CSJN con el fin de garantizar la máxima objetividad e imparcialidad.

Esto es por dos razones:

- 1) O bien el compañero de fórmula puede ser imparcial
- 2) O al revés, que tenga un interés en que el Presidente sea desplazado de su cargo.

Aquí podemos mencionar la idea de los incentivos con respecto al diseño y las prácticas constitucionales.

## → Tercera Etapa

### ARTÍCULO 60

Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios

Este artículo regula los efectos de la sentencia de remoción emanada del Senado, por la que se destituye a alguno de los funcionarios o magistrados enumerados en el Art 53. Si el acusado es hallado culpable en alguna de las causales de remoción, el fallo del Senado tiene el efecto de destitución, cumpliéndose así la finalidad del instituto del juicio político: que el funcionario o magistrado abandone el cargo antes de que se cumplan su plazo legal de permanencia en la función. Por lo tanto, queda claro que el propósito de esta institución es el resguardo de la actividad gubernamental y la prestación de justicia por funcionarios y jueces honestos y eficaces. La sentencia también puede incluir la inhabilitación del funcionario o ministro: puede ser declarado incapaz de ocupar otro cargo o empleo público en la Nación. Este es un efecto accesorio, puede darse o no. Pero como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el caso que se de la inhabilitación, al ser accesorio, indica que de por sí hay destitución.

Con los lentes descriptivos, lo que termina ocurriendo es que muchas veces los funcionarios renuncian a sus cargos para evitar ser inhabilitados y poder ocupar otro cargo posteriormente.

## 2. EL JURY DE ENJUICIAMIENTO PARA MAGISTRADOS (MECANISMO INCORPORADA EN LA REFORMA DE 1994)

### → PRIMERA ETAPA

#### ARTÍCULO 114

El Consejo de la Magistratura (...) Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores; 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores (...) 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados; 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente (...)

#### DESGLOSANDO EL ARTÍCULO

##### 1. ÓRGANO ACUSADOR | CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

El Consejo (regulado por la ley 24939) no sólo selecciona los postulantes en su momento, a partir de la constitución de una terna vinculante, sino que también ejerce facultades disciplinarias sobre los magistrados, e inclusive abre su procedimiento de remoción en caso de que se solicitará su suspensión. El Consejo tiene una Comisión que estudia la denuncia a los miembros de los tribunales federales inferiores.

##### 2. SUJETOS POSIBLES DE REMOCIÓN MAGISTRADOS (JUECES) DE TRIBUNALES FEDERALES INFERIORES

## → SEGUNDA ETAPA

### ARTÍCULO 115

Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el Artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado de enjuiciamiento.

### DESGLOSANDO EL ARTÍCULO

#### 1. ALCANCE DEL FALLO

El fallo es irrecurrible y no tendrá más efecto que la destitución del acusado, no lo inhabilita.

#### 2. CAUSALES DE DESTITUCIÓN

Las mismas que se indican en el juicio político (artículo 53)

#### 3. ÓRGANO JUEZ | JURY DE ENJUICIAMIENTO

Juzga el caso que ha llegado a ellos a través de la acusación del Consejo de la Magistratura

ESTRUCTURA DEL ORGANISMO (LEY 24937 artículo 22 modificado por el artículo 15 de la ley 26.855)

- 2 jueces de cámara (1 por el interior y otro por CABA) elegidos por sus pares
- 4 legisladores (2 por Cámara)
- 1 abogado de la matrícula federal

### PROCEDIMIENTO

Este organismo tiene 120 días para resolver, y su resolución es irrecurrible (tanto si dictara alguna sentencia o si no la dictara tendrá efecto, si ocurre lo segundo el caso queda archivado y el acusado no es destituido, porque no puede ser acusado dos veces por el mismo delito: “non bis in idem”. Es una garantía constitucional)

Por una mayoría de 2/3 partes es posible que se pueda remover a estos jueces.

### 3. EL DESAFUERO

Es un proceso privativo o discrecional a cada Cámara del Congreso para destituir a sus funcionarios. El único órgano con competencia para destituir a un senador es la Cámara de Senadores, y para destituir a un diputado es la Cámara de Diputados.

### ARTÍCULO 66

Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, 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, y hasta excluirle de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos.

## ARTÍCULO 70

Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento

El desafuero es un procedimiento de allanamiento del privilegio, para que el juez pueda plenamente actuar su competencia en el proceso penal. Es decir, quitar los fueros para que la persona pueda pasar por el proceso penal correspondiente. La norma exige la instrumentación de una querrela (causa penal que viene de parte de un tercero), la implementación de un sumario por parte del juez actuante, la remisión del sumario del que surjan con claridad los hechos que se le adjudican, las circunstancias de la detención (si es que fue hallado in fraganti), y la decisión de la Cámara a la que pertenece, tomada en juicio público (se trata de una sesión pública) en la cual se decide la suspensión del legislador con 2/3 de los miembros presentes (o totales?).

Es la cámara la que debe decidir con esa mayoría agravada el desafuero. La cámara también puede imponer sanciones disciplinarias.

## CAUSALES

- Desorden de conducta en ejercicio de sus funciones
- Inhabilidad física o moral

Los legisladores cuentan con inmunidades de dos tipos:

➤ De arresto: Durante el ejercicio del cargo. No existe en Argentina la inmunidad de proceso en el sentido de que su inmunidad frente al proceso no es respecto a que progrese la causa o que haya una instancia judicial que los investiga pero sí el privilegio parlamentario es inmunidad de arresto, no se le puede detener según los preceptos constitucionales.

➤ De palabra: De por vida por lo que hayan dicho durante el ejercicio de su función. Modelo de incentivos para fortalecer la democracia deliberativa → privilegio que da la CN.

Es por este motivo que la suspensión del legislador es requisito de la detención futura o convalidación de arresto: Ya que goza de inmunidad de arresto, es necesario destituirlo del cargo para poder juzgarlo. En este sentido, la prisión preventiva sirve para adelantar el desafuero, pero si éste finalmente no se concede, el magistrado recupera inmediatamente su libertad.

### **Caso de Desafuero del Diputado Balbin**

El 13 de octubre de 1949 se había promulgado la ley 13.569 que, entre otras modificaciones al Código Penal, agravaba las penas por desacato a la dignidad de los funcionarios públicos. Para entonces, la lucha política en el país ya asumía sus formas más agresivas. El partido oficialista invoca la necesidad de consolidar y profundizar las conquistas sociales y obreras, buscaba y obtenía el predominio en todos los ámbitos, incluido el Congreso Nacional, como consecuencia de las victorias electorales. Dejaba así, un espacio casi nulo a la oposición, que aprovechaba los resquicios de los actos partidarios para criticar duramente al gobierno. En ese contexto y antes de la sanción de la mencionada ley, el diputado nacional Ricardo Balbín, fogoso orador y presidente del bloque

de diputados radicales, fue sumariado por el delito de desacato a la persona del presidente de la Nación, General Perón. Como consecuencia de ello, el 29 de setiembre de 1949, la Cámara de Diputados suspendió al acusado en sus funciones legislativas, para ponerlo a disposición del juez interviniente.

En su nueva situación, Balbín prosiguió activamente con la actividad político partidaria y, a causa y por el tono de los discursos que pronunciaba, se le sustanciaron nuevos procesos por desacato, aunque por algún tiempo siguió en libertad.

Uno de esos procesos -posterior al pronunciamiento de la Cámara de Diputados que lo suspendía en sus funciones de legislador- dio origen a este caso, donde el legislador planteó la nulidad de los procedimientos. En primera y segunda instancia fue rechazada su alegación.

### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, junio 26 de 1950. "Considerando: Que habiéndose cuestionado en autos la aplicación de una cláusula constitucional -art. 63- (actual art. 70), y el pronunciamiento recaído fue contrario a la inteligencia atribuida o al privilegio explícita y reiteradamente invocado por la defensa, que se funda, a su vez, en la mencionada cláusula constitucional (art. 14, inc. 3º, ley 48); que, por lo demás, en la interposición del recurso se han cumplido las exigencias del art. 15 de la misma ley, el recurso extraordinario es procedente, y así se declara.

Que en cuanto al fondo del asunto, de las constancias de autos resulta que el doctor Ricardo A. Balbín fue suspendido en sus funciones de diputado nacional, en sesión de la Cámara de Diputados de la Nación, el 29 de setiembre de 1949, según constancia del Diario de Sesiones respectivo, p. 4296 in fine.

Que la defensa sostiene que el allanamiento del fuero parlamentario, resuelto por la Cámara de Diputados, sólo debe aplicarse al juzgamiento del sumario determinado que provocó la medida; en otros términos, que en el supuesto de existir otros sumarios incoados contra el mismo legislador -como en el caso de autos- se requiere, según los recurrentes, un número igual de pronunciamientos legislativos previos, pues la falta de éstos impide la sustanciación de los procesos promovidos o que puedan promoverse.

Que ha de tenerse presente, para el examen del punto sometido a la decisión de esta Corte, una primera y fundamental circunstancia, vinculada con el principio de la separación y función propia de los poderes del Estado. En este sentido, si bien es indudable la trascendental importancia que reviste el fuero parlamentario, como garantía del libre ejercicio de la función legislativa, no lo es menos, dentro de la armonía funcional de los poderes, que alcanza igual jerarquía el libre ejercicio de la función judicial, como garantía de sus decisiones, sobre todo cuando una rama legislativa, al entregar a la justicia la valoración de la conducta de uno de sus miembros imputado de delito, y al que ha privado de sus fueros, permite a los jueces cumplir, sin reatos incompatibles con su elevada misión, el delicadísimo deber de aplicar las leyes que el propio Parlamento sancionó para la preservación del cuerpo social que representa, o para resguardo de la vida, honor y patrimonio de sus integrantes, afectados o vulnerados.

Que el principio rector que se enuncia, inspirado en la división de los poderes del Estado, aparece confirmado por la índole de la decisión legislativa, que suspende en sus funciones a uno de los miembros de la Cámara, por aparecer sumariado. El pronunciamiento del desafuero carece de toda relevancia en la ulterior decisión judicial que ha de recaer en la causa, lo que revela inequívocamente que la medida legislativa reviste un evidente e inconfundible carácter político, como lo tiene también el examen de los motivos en que se apoya, pues debe limitarse a apreciar la seriedad de la imputación -en cuanto ella pudiera constituir una maniobra tendiente a

afectar la integridad del cuerpo o a trabar la función legislativa-, “sin inmiscuirse en declaraciones de carácter judicial ni tampoco en la interpretación de disposiciones vigentes. en materia penal, pues esta tarea corresponde ala justicia. y toda intromisión extraña sería contraria a las bases fundamentales de nuestro régimen gubernativo, que no admite la posibilidad de que se confundan, por ningún concepto, las funciones independientes que corresponden a los diversos poderes organizados por la Constitución. La decisión se apoya, así, en motivos o razones de interés general, de moralidad o de conveniencia pública, que justifican la suspensión del privilegio y aconsejan someter al legislador acusado a la acción tutelar y reparadora de la justicia” (Diario le Sesiones, Diputados, 1903, t. 11, p. 121). Basta, pues, para decidir el desafuero, la apreciación política de la conducta del legislador, realizada por la Cámara a que pertenece con motivo de un sumario, pero actuando como juez natural, también político, de los derechos, títulos y privilegios de sus miembros.

Rechazada la nulidad intentada por el diputado radical. el Juez Federal de La Plata, doctor Francisco Meneghazzi, ante quien se unificaron todas las causas que por desacato se le instruían, condenó al doctor Balbín a cinco años de prisión. El fiscal había solicitado doce años. La detención efectiva del legislador se había producido el 12 de marzo de 1950 y cesó cuando el Poder Ejecutivo, por decreto del 211/51 dictó el indulto alegando que -al no haberse pronunciado aún la sentencia definitiva-, se generaba un retardo de justicia que el presidente no podía tolerar. Aunque el indulto fue rechazado por el beneficiario, la medida se hizo efectiva y Balbín recuperó la libertad.

## **RELACIONES INTRA-INTER ÓRGANOS**

→ AD INTRA/INTRA ÓRGANO: Controles al interior de los poderes, reguladas por el Derecho Parlamentario. Ejemplos: entre cámaras del PL, entre órganos del PJ (para algunos PEN y ministros, porque no ven al PEN como unipersonal)

→ INTER-ÓRGANOS: Mecanismos de control de poderes, regulados por el Derecho Constitucional. Ejemplos: entre el PEN y sus ministros, entre el PEN y el Congreso, entre los Ministros y el Congreso, entre el PJ y otros órganos del poder.

# UNIDAD 9: LOS PODERES DEL ESTADO FEDERAL ARGENTINO. LAS RELACIONES VERTICALES Y HORIZONTALES EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

## APARTADO A: EL PODER LEGISLATIVO

### PODER LEGISLATIVO

### COMPOSICIÓN

**Artículo 44.-** Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del Poder Legislativo de la Nación.

El poder legislativo de la República Argentina está otorgado a un órgano complejo y colegiado, denominado Congreso.

El congreso constituye un organismo complejo y colegiado.

- *Complejo* → está compuesto por dos cámaras
- Cámara de Diputados: representan al pueblo de la Nación Argentina, consagrando el principio democrático
- Cámara de Senadores: representan a los Estados locales (provincias como unidades políticas autónomas) resguardando así el sistema federal.

El bicameralismo en Argentina consagra el equilibrio entre los dos principios: el democrático y el federal. En el Congreso reside la soberanía popular, en la representación que ejercen los diputados, elegidos en relación con el número de habitantes de cada distrito y, a la vez, una de las garantías del federalismo en la representación igualitaria de los senadores. En el Senado se equiparán los Estados pequeños y los grandes, cualquiera sea el número de habitantes de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires. En nuestro sistema el bicameralismo viene a denotar la representación de las provincias, de estas unidades políticas autónomas.

- *Colegiado* → cada Cámara está integrada por una pluralidad de miembros cuyo número y tipo de representatividad difiere según se trate de Cámara de Diputados o Cámara de Senadores

### FUNCIÓN

La función primordial del Congreso es la de legislar, es decir, la de crear derecho → sanción de normas jurídicas.

Tiene importantes atribuciones que generan controles sobre los otros órganos de poder, como el juicio político al que puede someter a integrantes de la PE y de la CSJN; los pedidos de informes o mociones de censuras y hasta la remoción del Jefe de Gabinete de Ministros; la aprobación o rechazo de la cuenta de inversión; las comisiones investigadoras.

### CÁMARA DE DIPUTADOS

**Artículo 45-** 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 consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. 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.

Dispone el art. 45 CN 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 consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios.

- Los diputados se eligen por voto directo y a simple pluralidad de sufragios
- Las provincias y CABA son distritos electorales de un sólo Estado (representan al pueblo como un solo cuerpo)
- Hay una relación entre el número de habitantes por distrito y el número de diputados que se elegirán
- Ninguna provincia puede tener menos de 5 representantes

La cámara de Diputados representa la totalidad del pueblo de la Nación

En la reforma de 1994 se incorporó la representación del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y de la Capital en caso de que ésta sea trasladada.

En la actualidad en número de integrantes de la Cámara continúa regido por la última norma sobre la materia, es decir la ley 22.847 (1983 Gobierno de Facto), que fijó la base representativa en un diputado cada ciento setenta y un mil (161.000) habitantes o fracción no menor a ochenta mil quinientos (80.500). A su vez, dispuso que por cada distrito se agregue la cantidad de tres diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de cinco. Finalmente, en 1992 se incrementó el número en tres diputados más correspondientes a la nueva provincia de Tierra del Fuego.

La Cámara de Diputados de la Nación se encuentra integrada por 257 miembros.

## ★ REQUISITOS

**Artículo 48.-** Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

Los requisitos para ser diputado se exigen al momento en que la Cámara examina el título del electo, por tanto, podría presentarse como candidato una persona sin haberlos cumplimentado, siempre que pueda reunirlos cuando se incorpore a la Cámara → ej Edad: 25 años al momento de asumir el cargo, es decir mientras cumpla 25 años antes del 10 de diciembre

Las condiciones exigidas para ser diputados son

- **Requisito edad:** haber cumplido 25 años de edad al momento de asumir el cargo, se presume que, a esa edad, la persona posee la necesaria madurez intelectual y responsabilidad como para ejercer con suficiencia tan importante función representativa.
- **Requisito de ciudadanía:** tener cuatro de ciudadanía en ejercicio, la ciudadanía en ejercicio por cuatro años se requiere a los ciudadanos por opción o por naturalización, pues los nativos de 25 años ya han ejercido por más de cuatro años. El plazo va en dirección al fomento de la inmigración que procuraron los padres fundadores y la concepción que tenían de una Argentina de fronteras abiertas.
- **Requisito de residencia:** ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella.

## ★ DURACIÓN DEL MANDATO Y RENOVACIÓN DE LA CÁMARA

**Artículo 50.-** Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período.

Duran 4 años en sus funciones

- Pueden ser reelegidos ininterrumpidamente
- La renovación de la Cámara es por mitades, cada bienio (cada dos años)

Nota histórica: en la primera legislatura debió sortearse quiénes dejarían la Cámara a los dos años de haber sido elegidos. La Constitución previó la circunstancia para una única vez, pero los golpes de Estado y las subsiguientes restauraciones democráticas reeditaron la experiencia del sorteo y la salida de diputados a los dos años de la elección.

## ★ COMPETENCIAS PRIVATIVAS

Al igual que el Senado de la Nación, la CN ha establecido determinadas atribuciones, funciones, o facultades que son privativas de la Cámara de Diputados. Estas son:

- a. Ser Cámara de origen en proyectos de ley presentados a través del mecanismo de iniciativa popular contemplado en el art. 39 CN.
- b. Ejercer la iniciativa para la sanción de leyes convocando a una consulta popular vinculante a los fines de la aprobación o rechazo de un proyecto de ley, conforme art 40 CN.
- c. Ejercer la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas, según el art 52 CN.
- d. Ser promotora del juicio político, acusando ante el Senado de la Nación al presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros, y miembros de la CSJN (solo los jueces de la CSJN) de conformidad con el art 53 CN.

## CÁMARA DE SENADORES

**Artículo 54.-** El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá

un voto.

El Senado expresa los intereses de los Estados locales (provincias) -propio del sistema federal- en el poder legislativo. Se compone de tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la representación es igualitaria, cualquiera fuese la entidad económica, geográfica o poblacional de cada una de ellas. Cuando los senadores votan en la cámara, la representación no se unifica, como pudiera pensarse debido a que los tres representan a un mismo ente, sino que cada senador tiene un voto. → federalismo.

La elección de senadores es directa, por el pueblo de la provincia a la que corresponde y de CABA.

A partir de la reforma de 1994 se estableció que de los tres senadores elegidos por cada distrito dos corresponden al partido que obtenga mayor número de votos y uno a la agrupación que le siga en número de votos, es decir, que la lista más votada obtendrá dos senadores y la siguiente impondrá el primero de su lista.

### ★ REQUISITOS PARA SER SENADOR

**Artículo 55.-** Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

A diferencia de lo que sucede con la Cámara de Diputados, entendemos que tales requisitos deben reunirse en la persona del candidato a senador al momento de realizarse el acto eleccionario, y no en el momento que el senador se incorpora a la Cámara.

Los requisitos constitucionales o condiciones de elegibilidad a reunir en el momento del acto eleccionario son:

- Requisito edad: Contar con la edad de treinta (30) años al momento de la elección general.
- Haber sido seis años ciudadano de la Nación. Este requisito se exige a los ciudadanos por opción o a los extranjeros nacionalizados argentinos.
- Disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, es una disposición histórica, ya que no rige hoy. Su objetivo era que el elegido tuviera una solvencia patrimonial para evitar presiones de grupos de interés. Entonces, en su momento se puso este condicionamiento para entender que quien se postulara no lo hiciera por el salario, sino por la misión de servir a su patria, y no era limitante en cuanto a segregar determinadas clases sociales.
- Ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella. Ello a fin de fortalecer el conocimiento y el lazo con los problemas propios de los Estados locales.

**Artículo 56.-** Los senadores duran seis años en el ejercicio de su mandato, y son reelegibles indefinidamente; pero el Senado se renovará a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años

Los senadores duran 6 años en el ejercicio de sus funciones y son reelegibles indefinidamente.

La Cámara se renueva de manera bianual a razón de una tercera parte (1/3) de los distritos electorales, es decir, que la renovación es por Estado representado y no por legislador.

El sistema electoral es mayoritario plurinominal y de lista incompleta

- Mayoritario plurinominal: porque son tres cargos.
- Lista incompleta: porque el que gana no se lleva todos los cargos, sino, que el que gana se lleva dos cargos y el que el sigue en voto el siguiente cargo.

### ★ PRESIDENTE DEL SENADO

**Artículo 57.-** El vicepresidente de la Nación será presidente del Senado; pero no tendrá voto sino en el caso que haya empate en la votación.

El vicepresidente de la república es el presidente nato del senado. Con respecto al poder ejecutivo, es unipersonal (solo lo integra el presidente) pero con respecto al senado, lo

integra a título propio como presidente nato. Sin embargo, sólo dispone de “voto” en caso de empate (art. 57), lo que no debe interpretarse como impidiéndole tener “voz”. → La atribución del vicepresidente de la Nación es la de presidir la Cámara de Senadores, sin voto en la deliberación, salvo en caso de empate.

### ★ VICEPRESIDENTE PROVISIONAL DEL SENADO

**Artículo 58.-** El Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerce las funciones de presidente de la Nación.

El presidente provisional del Senado es, en primer lugar, un senador.

Dado que el vicepresidente puede reemplazar transitoriamente al presidente de la Nación o puede ausentarse, incluso para cumplir funciones institucionales, la Cámara de Senadores, por mandato constitucional, debe elegir un presidente provisional.

El Reglamento del Senado prevé que en las Sesiones Preparatorias se nombre, por mayoría absoluta, al presidente provisional del Cuerpo y además, un vicepresidente, un vicepresidente 1° y un vicepresidente 2°. Estas autoridades prestan juramento de sus cargos, y duran en tales funciones un año legislativo.

Una regla no escrita hace que, en general, se elija para la presidencia provisional, a un senador del mismo partido que el presidente de la Nación en ejercicio, pues ese cargo está en el 1° lugar de la línea sucesoria provisional, en caso de que falten el presidente y el vicepresidente de la Nación. Las otras autoridades de la Cámara permiten que otras representaciones políticas participen en la conducción del cuerpo.

### ★ FACULTADES PRIVATIVAS DEL SENADO DE LA NACIÓN

Como hemos dicho anteriormente que el Congreso de la Nación constituye un órgano compuesto, ya que se encuentra integrado por dos cámaras. Estas cámaras se encuentran en pie de igualdad, y de allí que deben sesionar en forma simultánea conforme el art. 65 CN. Esta paridad también implica que, en general, cualquiera de ellas pueda ser cámara de origen, para la iniciación de proyectos de ley.

Sin embargo, esta igualdad de las cámaras es funcional, lo que no impide que cada una de ellas tenga, como excepción a la regla, atribuciones privadas del equilibrio de poder entre la democracia representativa, por un lado, y el federalismo, por el otro.

Facultades que son privativas del Senado de la Nación:

- a. Juzga en juicio público y político a los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados (arts. 59 y 60 CN);
- b. Autoriza al Poder Ejecutivo para que declare estado de sitio en uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior (art. 23, 61, y 99 inc. 16)
- c. Es Cámara de origen de la Ley Convenio de Coparticipación Federal (art.75 inc. 2)
- d. Es Cámara de origen en las leyes de desarrollo regional, que propendan al crecimiento armónico de la nación y al doblamiento de su territorio y que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y las regiones (art. 75 inc. 19).
- e. Presta acuerdo al Poder Ejecutivo, en sesión pública, para el nombramiento de los jueces de la CSJN y de los demás magistrados federales (art. 99 inc. 4).
- f. Presta acuerdo para el nombramiento de los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, a propuesta del ejecutivo (art. 99 inc. 7).
- g. Presta acuerdo al Ejecutivo en las concesiones de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas (Art. 99 inc. 13).

## ATRIBUCIONES DEL PODER LEGISLATIVO

### **ARTÍCULO 75**

Corresponde al Congreso: 1. Legislar en materia aduanera. (...) 2. (...) Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. (...) 3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, (...). 4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación. 5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional. 6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales. 7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación. 8. Fijar anualmente, (...) el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, (...). 9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios. 10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas. 11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación. 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, (...). 13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí. 14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación. 15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, (...). 16. Proveer a la seguridad de las fronteras. 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, (...). 19. (...) Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. 20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales. 21. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los

concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...). 23. 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, (...). 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. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (...). 25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz. 26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas. 27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno. 28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él. 29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo. 30. 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. 31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. 32. 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.

## DERECHO PARLAMENTARIO

Disciplina con cierta autonomía dentro del derecho constitucional. Su objetivo es la constitución, organización y funcionamiento del PL, por lo que va a estudiar las normas que regulan su composición, prerrogativas y funcionamiento (también el poder disciplinario). Error suponer que todas las normas que hablan del Parlamento forman parte del Derecho Parlamentario, por ejemplo las atribuciones no son derecho parlamentario.

Su estudio comprende:

- **Constitución formal:** Desde las sesiones preparatorias hasta la incorporación de los legisladores, abarcando el juicio sobre la validez de la "elección-derecho-título", aceptación de sus diplomas, juramento, constitución de las autoridades.
- **Privilegios e inmunidades** (individuales y colectivos)
- **Funcionamiento del Congreso:** sesiones y sus clases, duración, modo de reunión, carácter de las mismas, formas de emisión de los actos de su competencia, quórum, mayoría de votos, etcétera.

## **FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO**

### **ARTÍCULO 63**

Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el 1 de marzo hasta el 30 de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Nación o prorrogadas sus sesiones

<b>TIPOS DE SESIONES</b>		
<b>ORDINARIAS</b>	Sesiones correspondientes comprendidas dentro del año legislativo (1 de marzo - 30 de noviembre) → PERIODO ORDINARIO DE SESIONES	
<b>EXTRAORDINARIAS</b>	<b>PROPIAMENTE DICHAS</b>	<p>Fuera del período ordinario, convocadas por el presidente. Únicamente puede tratarse el/los tema/s por los que se ha llamado a estas sesiones, no puede excederse de ello.</p> <p>El Congreso se disolvió y este no puede autoconvocarse una vez disuelto. Solo prosperan cuando ha habido solución de continuidad.</p>
	<b>DE PRÓRROGA</b>	Se extiende del 30 de noviembre en adelante, cuando no hay solución de continuidad y se sigue sesionando. Pueden solicitarla el presidente o las Cámaras. No se disolvió el Congreso. Debe haber una justificación de la alteración del periodo ordinario de sesiones pero la diferencia está que no solamente se va a atar a el o los proyectos de ley que justifican la prórroga, sino que se pueden tratar otros proyectos que estén en el orden de la ley y habilitado de tratamiento por la Comisión específica.
	<b>CONTINGENTES O SUPER EXTRAORDINARIAS</b>	El Congreso se reúne en Asamblea. Están presentes ambas Cámaras. Ejemplos: discurso inaugural del periodo ordinario, acefalía total y permanente, asunción del presidente (según la clasificación aquí también pueden entrar las preparativas, incluso podrían pensarse cuando se juntan en Asamblea Constituyente, un poder legislativo extraordinario)
	<b>PREPARATIVAS</b>	Para la institucionalización de las autoridades del cuerpo. Se eligen las autoridades de los bloques, se aprueba el reglamento, se designan las comisiones, los plazos de sesión, etc.

## **SIMULTANEIDAD DE LAS SESIONES**

## ARTÍCULO 65

Ambas Cámaras empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente. Ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días, sin el consentimiento de la otra.

Quiere resaltar la idea de igualdad entre las Cámaras (esto en consonancia con el artículo 77). Más allá de las pequeñas diferencias que tienen que ver con la elegibilidad de sus funcionarios, o de competencias exclusivas de cada una, están bajo condiciones de absoluta igualdad. Por eso sesionan simultáneamente; no pueden dejar de hacerlo sin el consentimiento de la otra. También se establece así un control intra-órganos, tendiente a evitar los bloqueos en la sanción de los proyectos, exigiendo que ambas Cámaras permanezcan en sesiones. La igualdad de las Cámaras es funcional, no impide que cada una de ellas tenga atribuciones derivadas del equilibrio de poder entre la democracia representativa del federalismo por el otro. Cada Cámara funciona independientemente de la otra, pero ambas deben ejercer sus respectivas funciones al mismo tiempo. Esto es algo propio del sistema bicameral que se requieran las voluntades conjuntas de los dos cuerpos para la sanción de las leyes.

## PRERROGATIVAS DEL CONGRESO

Las prerrogativas son las inmunidades constitucionales brindadas a las Cámaras y a los legisladores. No implican un quiebre en los principios de igualdad de las personas, sino que son una garantía para el buen funcionamiento del sistema parlamentario, ya que buscan preservar la independencia del Poder Legislativo y evitar la injerencia externa.

### ★ PRERROGATIVAS GENERALES | CORRESPONDEN A LA CÁMARA EN SÍ MISMA

#### 1. *Cada Cámara es juez de las elecciones de sus miembros*

## ARTÍCULO 64

Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.

## LA CUESTIÓN DEL QUÓRUM

### ● Mayoría Absoluta

Se requiere mayoría absoluta en la cámara, cualquiera sea, para que entre en sesión y adopte decisiones. Sin embargo, no es uniforme en la doctrina ni en la reglamentación parlamentaria el criterio para determinar qué se entiende por “mayoría absoluta”, en especial cuando el número de integrantes de una Cámara es impar. <sup>4</sup>

### ● Derecho de la minoría

<sup>4</sup> Según BC, mayoría absoluta no es, como vulgarmente se sostiene, la "mitad más uno", sino "más de la mitad" de los miembros.

Para los casos de falta de quórum (cuando no se llega a dicha mayoría) el artículo autoriza a las cámaras a compeler a los miembros ausentes a que comparezcan a las sesiones. La cuestión consiste en determinar los medios constitucionalmente procedentes para obligar a los remisos a concurrir al recinto de la cámara de que se trate, dado que la CN nada específica al respecto. Desde luego, cada reglamento interno puede disponer medidas tales como el descuento de las dietas, la publicación por la prensa del nombre de los legisladores que no concurren y hasta la comparecencia forzada.

Hay un proceso donde participa la Justicia Electoral cuando se presentan las candidaturas, sometida a tal proceso eventualmente se legalizan esas candidaturas, y después interviene la justicia federal analizando si ha habido fraude en la elección y se certifica.

## **CASO BUSSI vs. CÁMARA DE DIPUTADOS**

### **HECHOS**

A. D. Bussi fue elegido diputado nacional por la provincia de Tucumán como candidato del partido Fuerza Republicana, en 1999, con más de 100 mil votos. La justicia electoral y la Junta Electoral Nacional oficializaron su candidatura sin objeciones.

Sin embargo, el 1 de diciembre, cuando la Cámara de Diputados se reunió para tomar juramento a los nuevos legisladores, resolvió no incorporarlo al cuerpo, en razón de la denuncia de un grupo de diputados, que alegó que existían razones éticas que lo inhabilitaban para ocupar el cargo (había sido funcionario durante el gobierno de facto). Así, no se le tomó juramento y se impidió su incorporación. La Cámara rechazó su diploma de Diputado Nacional, y su suplente en la lista tomó su cargo (Klett). La Cámara adoptó esta decisión según la interpretación que realizó del artículo 64 de la Constitución, donde se afirma que “cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez.” Los diputados entendieron que esta cláusula constitucional los habilitaba a rechazar el pliego de un diputado por motivos éticos o políticos.

Bussi argumentó ante la justicia que la Cámara no tenía facultades para rechazar su diploma por razones éticas o políticas, y que tampoco le podía exigir requisitos adicionales a los que impone la CN para acceder al cargo. Dijo que las consideraciones éticas sólo le corresponden al pueblo al momento de elegir a los candidatos y no pueden ser luego revisadas por la Cámara para admitirlo, ya que así se violaba su derecho político a ejercer el cargo de diputado para el que había sido elegido por el pueblo tucumano. Además, aunque admitió que los diputados pueden expulsar miembros de la cámara, planteó que esto sólo es posible cuando éste ha sido incorporado al cuerpo, y cuando la causal de inhabilidad moral se produce luego de su ingreso.

### **DECISIÓN DE LAS INSTANCIAS INFERIORES**

Tanto el juzgado de primera instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones se negaron a tratar el tema. Consideraron que no era una controversia que pudieran resolver los jueces, ya que era materia propia y excluyente de los legisladores. Es decir, que no era una cuestión justiciable, sino política. Ambas instancias dijeron que las decisiones relativas a la integración de uno de los tres órganos esenciales de la estructura del Estado (cuyas competencias excluyentes hacen a la forma republicana de gobierno) es un acto que escapa al control judicial. De lo contrario, se estaría poniendo en juego la independencia del Poder Legislativo.

### **DECISIÓN DE LA CSJN**

Dos años después (2001), la CSJN revocó la decisión de la Cámara y resolvió que la demanda de Bussi no planteaba una mera cuestión política no justiciable, sino que ameritaba ser revisada judicialmente, ya que ante la presentación de una causa, la decisión sobre la existencia y los límites de las atribuciones de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo le correspondía a la Corte. En consecuencia, ordenó que los jueces de la instancia inferior dictaran una nueva sentencia conforme a ese criterio. Así, no dijo si el planteo era correcto o no, sino que mandó a que se controlara la decisión de la Cámara de Diputados.

### TRIBUNALES INFERIORES

La justicia electoral, luego de estudiar el caso nuevamente, volvió a rechazar la petición de Bussi, aunque por una razón diferente. La Cámara entendió que no subsistía el motivo del reclamo, ya que el diputado L. Klett, su suplente, había asumido en su reemplazo a pedido del partido que ambos integraban. Es decir, la incorporación de Klett (2000), “invierte la representación del pueblo de Tucumán”, y al haber sido decidida por el propio partido, ya no existía el agravio que alegaba Bussi.

### CORTE SUPREMA

Bussi volvió a apelar ante la Corte, que volvió a revocar la sentencia del tribunal inferior. En 2003, resolvió que la justicia electoral debía dictar otra resolución donde evaluará si la Cámara tenía facultades para rechazar a un representante electo por motivos éticos o políticos (y por lo tanto, que decidiera aún cuando Klett ya había asumido el cargo). Además, declaró que el agravio a Bussi persistía, pues L. Klett ya había tomado el cargo cuando el caso llegó por primera vez ante ella, y desde aquel primer fallo se entendía que el planteo no era abstracto (el agravio persistiría como mínimo hasta que el mandato por el que había sido elegido venciera). Por ello, consideró inaceptable que después de aquella sentencia la Cámara hubiera resuelto nuevamente en forma contraria, ya que estaba desconociendo la autoridad de la Corte. El juez Maqueda (que se incorporó en la segunda sentencia a la CSJN) no compartió el criterio de la Corte y sostuvo que no puede revisar las decisiones de la Cámara de Diputados.

## **CASO PATTI vs CÁMARA DE DIPUTADOS**

### HECHOS

Patti fue electo en octubre de 2005 como diputado nacional por la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, está actualmente separado de ese cargo a raíz del desafuero que dispuso la Cámara de Diputados en abril de 2008. La Cámara Nacional Electoral admitió las impugnaciones formuladas contra la postulación de Luis Abelardo Patti como candidato a diputado nacional por la provincia de Buenos Aires. Su candidatura había sido objetada por familiares de las víctimas de los delitos de lesa humanidad que se le imputan a Patti, en la causa penal por la cual se encuentra en prisión preventiva; con el patrocinio de las organizaciones CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) e HIJOS (Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio); también habían presentado impugnaciones varios diputados nacionales y varios ciudadanos que invocaron su calidad de electores de la provincia de Buenos Aires.

### SENTENCIA TRIBUNAL ELECTORAL

La sentencia del máximo Tribunal Electoral se funda, básicamente, en que un ciudadano que, como Patti, está impedido de ejercer el cargo de diputado por haber sido separado de la Cámara legislativa a raíz de la detención

que sufre en un proceso penal, no puede competir para acceder a ese mismo cargo, que no podrá desempeñar hasta tanto se resuelva definitivamente su situación penal. También se valoró la obligación internacional asumida por el Estado argentino de evitar cualquier medida que pudiera obstruir de algún modo la investigación y el juzgamiento de los hechos calificados como violaciones a los derechos humanos; lo cual podría ocurrir en la hipótesis de que se invoquen los fueros parlamentarios para liberar a quien está detenido en un proceso judicial de esa naturaleza. La Cámara Nacional Electoral explicó que el artículo 70 de la Constitución Nacional exige, para que un legislador pueda ser arrestado en un proceso penal, que el Cuerpo parlamentario que integra (en el caso, la Cámara de Diputados) lo suspenda en el ejercicio de su cargo. Es decir, que disponga su desafuero, que es lo que ocurrió con Patti.

De allí, señaló que es un “contrasentido [...] suponer que la Constitución Nacional exige privar del ejercicio de su cargo de diputado al ciudadano que deba ser arrestado, pues para que esto proceda requiere el desafuero (art. 70), y que al mismo tiempo admite (art. 48) que quien ya ha sido separado de su cargo y permanece detenido -por la misma causa que motivó el apartamiento- puede, no obstante, postularse como candidato para ejercer aquellas funciones de las que está apartado”. Concluyó, entonces, que la única interpretación aceptable es que el legislador que se encuentra suspendido en sus funciones a raíz de un desafuero y permanece detenido en el proceso penal que motivó dicha medida institucional, no puede postularse a la reelección para ese cargo hasta tanto se resuelva su situación penal y sea liberado.

Por otra parte, hizo notar que en razón de los delitos de lesa humanidad por los cuales se juzga penalmente a Patti, no es posible aceptar que se configure la posibilidad de que sea liberado si resultara electo -en razón de los fueros parlamentarios- puesto que “ello implicaría contravenir el deber internacional del Estado de investigar las violaciones a los derechos humanos para establecer las responsabilidades penales”. También destacó el Tribunal que su resolución en nada implica apartarse o desconocer la presunción de inocencia del candidato sometido a proceso. En este sentido, señaló que sin perjuicio de esa presunción -que rige en materia penal- las condiciones que se exigen a los candidatos a ocupar cargos públicos son más estrictas que las que se requieren para votar. Dijo así que el derecho a ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, “porque se espera de los elegidos cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral”

## ***2. Capacidad de dictar su propio reglamento interno***

### **ARTÍCULO 66**

Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, 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, y hasta excluirle de su seno; pero bastará la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos

De esta atribución derivan las cuestiones de privilegio (prerrogativas individuales). Cada cámara dicta su reglamento para facilitar su funcionamiento y toma de decisiones. Organiza el trabajo parlamentario y la elaboración de leyes, etc.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> De la facultad de cada Cámara para dictar su Reglamento Interno y de la inmunidad de opinión reglada en el art. 68 de la Constitución Nacional, se han derivado atribuciones disciplinarias ejercidas sobre terceros ajenos al Cuerpo. Es decir, de prerrogativas colectivas expresas (el dictado del Reglamento) o individuales (no ser molestado en la emisión de opiniones) se ha inferido un poder

### 3. *Requerir la presencia de los Ministros del Poder Ejecutivo*

#### ARTÍCULO 71

Cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes

Anuda una de las tantas relaciones de colaboración (que atenúa la estricta división de poderes) y de control, existentes entre el Poder Legislativo y los ministros del Poder Ejecutivo, propias de la forma republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional y cuya especificidad deriva de las normas que diseñan el poder.

### 4. *Aceptar renunciaciones de sus miembros*

Para la aceptación de renuncia que voluntariamente presenten los legisladores a las Cámaras se requiere una mayoría absoluta de los presentes. La renuncia debe ser fundada y la Cámara puede aceptarla, rechazarla o rechazar sólo los fundamentos dados por el legislador al presentarla.

### 5. *Funciones disciplinarias*

Tiene funciones disciplinarias al interior del cuerpo legislativo (control intra-órgano). Las competencias disciplinarias de las Cámaras tienen por objeto mantener el orden de las deliberaciones y del trabajo parlamentario, afectados en ocasiones por excesos verbales, insultos, disturbios, interrupciones a otros oradores, no respeto del orden de la palabra. Las correcciones disciplinarias están contempladas en los respectivos reglamentos de las Cámaras y pueden consistir en llamados de atención, multa, privación del uso de la palabra en la sesión respectiva.

#### SANCIONES QUE APLICA

- **APERCIBIMIENTO**
- **REMOCIÓN:** Es diferente a la exclusión porque los motivos de la separación de la Cámara no son imputables al legislador, pues se originan en incapacidades físicas o psicológicas que lo afectan y que, en los hechos le imposibilitan ejercer la función. Por ello, la práctica de conceder licencia a los legisladores afectados de alguna incapacidad
- **EXCLUSIÓN:** Medida más grave que puede tomar la Cámara sobre uno de sus miembros. Requiere la mayoría agravada de  $\frac{2}{3}$  de votos de los presentes, sobre el quórum. Motivos: comisión de delitos, o participación en escándalos públicos/privados de trascendencia pública. Buscan cuidar el decoro, la responsabilidad y el respeto

#### ★ **PRERROGATIVAS INDIVIDUALES** | CORRESPONDEN AL CARGO Y/O LA PERSONA SEGÚN EL CASO

Estas se justifican por la reservación del principio de representatividad e independencia del Poder Legislativo y, en razón de ello, no violan la igualdad consagrada en el artículo 16 de la CN, ni pueden entenderse como fueros o privilegios personales.

### 1. *Inmunidad de palabra| discursos vertidos en el desempeño del mandato*

implícito para cumplimentar los objetivos de independencia y eficiencia en la labor parlamentaria, disponiendo frenos sobre la conducta de quienes menoscaban o entorpecen aquella tarea.

## ARTÍCULO 68

Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

Protege las opiniones de diputados y senadores. Cualquier manifestación verbal, escrita o gestual, opinable o no, vertida por cualquier medio de comunicación, en la plaza pública, o en el ámbito privado. No se les puede juzgar tampoco a futuro por ninguna opinión emitida durante ese período en el pasado bajo cualquier contexto. Esto se justifica en que pesa sobre los legisladores el deber de informar de sus actos y criterios acerca de las políticas públicas que comparte o a las que se opone y critica. En consecuencia, no cabe el desafuero (suspensión de los fueros, quitar la inmunidad de proceso) para indagar o procesar a un legislador por causa de sus expresiones como legislador.

### 2. *Inmunidad de arresto | fueros*

## ARTÍCULO 69

Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

Previene arrestos políticos o persecuciones oficialistas que intenten silenciar las críticas o neutralizar los controles. Por eso cubre temporalmente al legislador desde el día de su elección hasta el de su cese por los motivos que fuesen. Sin embargo, esta inmunidad no protege a la persona, sino al cargo, y por lo tanto, es en beneficio del pueblo.

No impide que se adelanten procedimientos de juicios en tanto no se afecte la libertad personal de los funcionarios (mientras no se dicte orden de arresto). Si el legislador es arrestado en el momento de cometer un delito de los que merecen las penas mencionadas en la CN (in fraganti), la inmunidad cesa. Ahora bien, ordenada y ejecutada la detención, el magistrado notificar a la Cámara para que ésta proceda al desafuero del legislador, que puede denegar.

El término “in fraganti”, tiene tres interpretaciones (según BC deben incluirse todas):

- En el mismo instante en que se está cometiendo el delito (pasado el momento no cabría detención)
- En la “tentativa”
- “Después de cometido” el delito si se descubre al legislador cuando huye/se oculta, o se lo sorprende con instrumentos, efectos, armas que permiten presumir que acaba de cometer un delito

### 3. *La dieta*

*Es una prerrogativa de carácter:*

- INDIVIDUAL: Porque los servicios de los senadores y diputados son remunerados por el Tesoro de la Nación, con una dotación que señalará la ley (es sobretudo individual)
- COLECTIVO: Porque la decisión siempre está a cargo de cada Cámara.

## EL PROCESO DE FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

Las etapas para elaborar una ley son las siguientes:

## 1. Primera etapa | INICIATIVA DE LEY

**Artículo 77.-** Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

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.

El procedimiento de formación y sanción de las leyes comienza a partir de la presentación de un proyecto de ley en alguna de las cámaras del congreso.

¿Quiénes pueden presentar proyectos de ley? → todos los legisladores, en sus respectivas Cámaras, y el Poder Ejecutivo en la cámara que elija pueden presentar proyectos de ley. Estos proyectos toman estado parlamentario e inician un procedimiento que puede derivar en la sanción de la ley.

Los habitantes del país tienen el derecho a peticionar a las autoridades en virtud del art 22. CN y, en razón de ello, pueden elaborar y presentar proyectos de ley a la Cámara que elijan pero estos proyectos, no toman estado parlamentario a menos que uno o varios legisladores los presenten bajo sus respectivas firmas. El pueblo también puede presentar proyectos de ley por medio de la iniciativa popular (art.39)

Los pasos para elaborar una ley son las siguientes:

1. PRESENTACIÓN DE UN PROYECTO en mesa de entrada de la Cámara de Diputados o del Senado
  - Puede ser presentado por un diputado, un senador (pero no las Cámaras en su conjunto), el Presidente de la Nación e incluso por iniciativa popular,
2. TRATAMIENTO EN COMISIONES.
  - El proyecto pasa a una o más comisiones de asesoramiento, que emiten un dictamen. En ocasiones, frente a temas de gran urgencia o relevancia, un proyecto puede ser tratado “sobre tablas” en el recinto sin que haya pasado previamente por las comisiones.
  - Cada cámara está dividida en comisiones permanentes dedicadas a determinadas temáticas.
3. DEBATE PARLAMENTARIO EN AMBAS CÁMARAS
  - Un proyecto de ley aprobado en la Cámara de Origen pasa luego a ser discutido en la Cámara Revisora, que lo puede aprobar, rechazar o devolver con sus correcciones.

## 2. Segunda etapa | APROBACIÓN Y SANCIÓN DE LA LEY

**Artículo 78.-** Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.

**Artículo 79.-** Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Cámara de origen	Cámara revisora	Resultado
Aprueba el proyecto	Aprueba el proyecto	Se sanciona el proyecto aprobado por la cámara de origen.
Aprueba el proyecto	Rechaza (desecha) el proyecto	El proyecto no puede volver a tratarse en las sesiones de ese año.
Rechaza (desecha) el proyecto		El proyecto no puede volver a tratarse en las sesiones de ese año.
Aprueba el proyecto	Adiciona o corrige (por mayoría absoluta o por 2/3 de los votos)	<p>Vuelve a la cámara de origen.</p> <p>&gt;&gt;Si la cámara de origen acepta las modificaciones, se sanciona el texto aprobado en la cámara revisora.</p> <p>&gt;&gt;Si la Cámara de origen insiste en la redacción originaria, necesita alcanzar la misma mayoría o una superior que la de la Cámara Revisora para que se sancione como ley el texto originalmente aprobado, en el caso de no lograrlo queda sancionado el texto aprobado en la Cámara revisora.</p> <p>(En ningún caso podrá la cámara de origen desechar totalmente los proyectos modificados por la cámara revisora ni introducir nuevas adiciones o correcciones).</p>

## ARTÍCULO 81

- Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año.
- Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.
- La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al PEN con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora

- Solo es ley cuando es sancionada por las dos cámaras, mientras tanto es proyecto de ley. Los plazos son establecidos por los propios reglamentos de cada cámara.
- Proyecto desechado por ambas cámaras → No podrá tratarse en las sesiones de ese año (usualmente sí se tratan pero cambiando detalles para poder hacerlo)

- Proyecto enmendado por la cámara revisora → Ninguna cámara puede desechar un proyecto que surgió en ella y después pasó a la Cámara revisora (CR) donde se le hicieron enmiendas. Este proceso se da de la siguiente manera:
  1. Al hacer las correcciones, la CR debe anotar el resultado de la votación, indicando si las correcciones se hicieron con mayoría absoluta o mayoría de dos terceras partes.
  2. Al volver a la CO, ésta estudia las enmiendas y decide si aceptarlas o rechazarlas. Luego hay 2 opciones:
    - a. Si la CO acepta la ley con las enmiendas de la CR, se aprueba el proyecto con sus modificaciones
    - b. Si la CO rechaza las enmiendas, qué proyecto es aprobado dependerá de las mayorías:
      - CR obtuvo mayoría agravada y la CO con absoluta, se aprueba el proyecto con reformas
      - Si CO obtuvo mayoría agravada y la CR absoluta, se aprueba el proyecto original

### **LA DECISIÓN DEL PODER EJECUTIVO**

Una vez que la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados sancionan un proyecto de ley, esta pasa al Poder Ejecutivo. El presidente de la Nación participa no haciendo la ley, pero promulgándola o vetándola:

- **Aprobar y promulgar la ley**

Se completa así el proceso legislativo. Esto lo puede hacer por medio

- a. DECRETO
- b. PROMULGACIÓN DE HECHO → ya que si el presidente no se pronuncia pasado diez días hábiles desde que se le comunicó la norma se promulga automáticamente (artículo 80). Esto permite que el PE no inhabilite la voluntad del congreso no diciendo nada y cajoneando la norma. → de forma tácita

En ambos casos la ley luego se publica en el Boletín Oficial.

- **Vetar la ley**

- a. TOTALMENTE
- b. PARCIALMENTE

**ARTÍCULO 83.-** Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen: ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por sí o por no; y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año

## Insistencia del Poder Legislativo

Poder Ejecutivo	Cámara Legislativa Iniciadora	Cámara Legislativa Revisora	Promulgación
Veta	<b>Confirma la ley</b> Cuenta con 2/3 de los votos para insistir en la sanción de las cámaras	<b>Confirma la ley</b> Cuenta con 2/3 de los votos para insistir en la sanción de las cámaras	Si
Veta	<b>No confirma la ley</b> No cuenta con los 2/3 de votos	No puede tratarse en las sesiones de ese año	Se mantiene el Veto
Veta	<b>Confirma la ley</b> Cuenta con 2/3 de los votos para insistir en la sanción de las cámaras	<b>No confirma la ley</b> No cuenta con los 2/3 de votos para insistir en la sanción de las cámaras	Se mantiene el Veto

- **Posibilidades de veto e insistencia legislativa**

### 1. VETO TOTAL

El constituyente le reconoce al PL la atribución de insistencia o imponerse al veto presidencial. Si tras ser vetada la ley, la Cámara de Origen y Revisora confirman con la mayoría de dos tercios de votos (la doctrina interpreta que cuando nada dice es sobre los totales) pueden insistir en el proyecto, y la promulgación es automática sin poder ser rechazado por el PE.

### 2. VETO PARCIAL

a. En caso de veto parcial, puede promulgarse parcialmente la parte no vetada cuando no desvirtúa el espíritu del proyecto sancionado por el Congreso.

b. Se aplica el procedimiento previsto para los DNU.

- Control por la Comisión Bicameral Permanente y el Congreso de la Nación
- En caso de promulgación parcial de las leyes, de decretos de necesidad de urgencia o por delegación legislativa ese decreto es controlado por el Congreso pero antes pasa por una Comisión Bicameral Permanente que expide un dictamen pero quien toma la decisión final es el Congreso.

## ARTÍCULO 80

Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia

## ARTÍCULO 82

La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.

### APARTADO B: EL PODER EJECUTIVO

#### PODER EJECUTIVO

#### COMPOSICIÓN

**Artículo 87.-** El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".

Tenemos una república presidencialista unipersonal: Presidente como único que compone el PE. Asimismo, el presidente cuenta con auxiliares: Vicepresidente, Jefe de Gabinete y Ministros del PEN.

El cargo de presidente en nuestro país implica una triple titularidad:

- Jefe de Estado
- Jefe de Gobierno
- Jefe de las Fuerzas Armadas

El órgano-institución Poder Ejecutivo se compone de un ciudadano, por lo que se puede afirmar la unipersonalidad del Presidente de la República. Quien ejerza el Poder Ejecutivo, tendrá el título de Presidente de la Nación Argentina.

Los ministros y el jefe de gabinete no forman parte del Poder Ejecutivo, aunque operan en su órbita, operan como secretarios de Estados del presidente de la Nación, quien los elige y remueve según su

particular criterio político, sin sujeción institucional a ningún otro poder salvo en el caso del jefe de gabinete, quien puede recibir una moción de censura y ser removido por el Congreso.

#### ELECCIÓN

**Artículo 89.-** 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.

Exigencias para ser presidente o vicepresidente de la nación:

- Haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero.
- Demás calidades exigidas para ser elegido senador previstas en el art 55 CN: tener la edad de 30 años, haber sido seis años ciudadano de la nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de

una entrada equivalente, ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella en este caso no tiene aplicación en este caso, sólo en diputados y senadores.

- A partir de la reforma de 1994 se elimina el requisito de la confesionalidad católica apostólica romana, si bien no implicaba la práctica del culto, exigía certificar la pertenencia a dicha Iglesia mediante el bautismo, generando una desigualdad de oportunidades contraria a la pluralidad de un Estado que garantiza la libertad de cultos.

*¿En qué momento deben reunirse las condiciones o requisitos para ser elegido presidente o vicepresidente? → en el momento del acto electoral.*

**Artículo 90.-** El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.

El mandato del presidente y vicepresidente es de cuatro años.

Al cesar el mandato de cuatro años, el presidente puede ser reelecto en ese cargo o elegido vicepresidente; en igual condición queda el vicepresidente que concluya el primer período.

Efectuada la reelección o la sucesión recíproca en los cargos de presidente o vicepresidente, esas mismas personas no pueden volver a ejercer ninguna de esas funciones antes de haber transcurrido un período de cuatro años.

Corresponde señalar que, en 1994, la Convención Nacional Constituyente sancionó también las disposiciones transitorias novena y décima, precedentemente transcritas, a los fines de la aplicación inmediata del art. 90 de la CN.

La cláusula transitoria novena establece que el mandato del presidente en ejercicio al tiempo de sancionarse la reforma de 1994 deberá ser considerado como primer período. Los términos “mandato del presidente”, empleados por el constituyente, deben interpretarse como comprensivos del binomio presidencial “presidente-vicepresidente”.

La cláusula transitoria décima prevé que el mandato del presidente y del vicepresidente que asuman el cargo el 8 de julio de 1995, se extinguirá el 10 de diciembre de 1999.

**Artículo 91.-** El Presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años; sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde.

El art. 91 refuerza el plazo fijado por la norma en el art. 90, ya que establece que el presidente y consecuentemente el vicepresidente, cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años.

Las disposiciones de este art. 91 son extensivas al vicepresidente y significan que si por cualquier motivo (p. ej., enfermedad, ausencia, licencia, etc.) el presidente y el vicepresidente interrumpen el ejercicio de sus mandatos, éstos no pueden ser prorrogados con posterioridad a la fecha en que se cumplen los cuatro años, contados desde el día de la asunción.

Si el vicepresidente asumiera el Poder Ejecutivo por alguna de las causales previstas por el art. 88, ejercería el cargo hasta completar el período de cuatro años, contando desde que el presidente sustituido asumió sus funciones.

La prohibición de este art. 91 responde a principios republicanos y de orden jurídico -político, así como también al propósito de impedir maniobras tendientes al continuismo en el poder, frustrando el acceso de los nuevos mandatarios electos.

**Artículo 93.-** Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de "desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de Presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina".

El juramento es un medio formal y ético que pretende asegurar el buen desempeño de la función por quienes lo prestan, y es requisito constitutivo para la validez del título iure (pleno derecho) del presidente y del vicepresidente.

Si se negaran a prestarlo, la omisión afectaría al título y ambos magistrados serían de facto.

Una vez prestado juramento por el presidente, si después delega sus funciones en el vicepresidente por cualquier motivo constitucional no debe jurar nuevamente al reasumir sus funciones. En cambio, si el vicepresidente pasa a desempeñar definitivamente el cargo del presidente, debe prestar nuevo juramento para ejercer -en este caso- las funciones presidenciales.

**Artículo 94.-** El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

El art. 94 de la CN establece que el presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta.

**Artículo 95.-** La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio.

Este art. Se refiere al momento en que deben efectuarse las elecciones del presidente y vicepresidente, se hará efectiva dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

El art. 148 del Código Electoral Nacional expresa textualmente: "el presidente y vicepresidente de la Nación serán elegidos simultánea y directamente por el pueblo de la Nación, con arreglo al sistema de doble vuelta, a cuyo fin el territorio nacional constituye un único distrito.

La convocatoria deberá hacerse con una anticipación no menor de 90 días y deberá celebrarse dentro del término de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente y vicepresidente en ejercicio.

La convocatoria comprenderá la eventual segunda vuelta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo siguiente. (Art. 96)

Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos.

**Artículo 96.-** La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

EL constituyente de 1994 sancionó el mecanismo directo a doble vuelta donde desarrolló la regulación constitucional del ballotage.

La segunda vuelta es eventual en nuestro régimen constitucional.

Este art. 96 lo dice así: “La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas”.

*¿Cuándo “corresponde” la segunda vuelta electoral?*

Cuando del primer acto electoral no resulte ninguno de los casos contemplados en el art. 97 y 98. Entonces, de no presentarse ninguno de los supuestos previstos por los art. 97 y 98 se debe realizar una segunda elección entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los 30 días de celebrada la anterior elección.

Es importante tener en cuenta, que no se vota por candidatos, sino por fórmulas integradas por los binomios de aspirantes a presidentes y vicepresidentes. Consecuentemente, el escrutinio se practica por fórmulas (no por personas) y, en el caso de segunda vuelta electoral, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas. Así la norma descarta la recomposición de las fórmulas, entre la primera y la segunda vuelta, variado alguno de los integrantes del binomio.

La convocatoria comprenderá la eventual segunda vuelta, y cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos.

El Código Electoral Nacional ha llenado ciertas lagunas constitucionales, con respecto a situaciones que pueden presentarse en el lapso que transcurre la primera y la segunda vuelta electoral, como podrán ser:

- a. Dentro del quinto día de proclamadas las dos fórmulas más votadas en la primera en la primera vuelta, sus integrantes deberán ratificar por escrito ante la Junta Electoral Nacional de la Capital Federal su decisión de presentarse a segunda vuelta. Si una de ellas no lo hiciera, será proclamada electa la otra.
- b. En caso de muerte de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral y antes de producirse la segunda vuelta. Si una de ellas no lo hiciera, será proclamada electa la otra.
- c. En caso de muerte de uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, el partido político o alianza electoral que represente deberá cubrir la vacancia en término de siete días corridos, a los efectos de concurrir a la segunda vuelta.
- d. En caso de renuncia de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta, se proclamará electa la otra.

- e. En caso de renuncia de uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, no podrá cubrirse la vacante producida. Si la renuncia es la del candidato a presidente, ocupará su lugar el candidato a vicepresidente.

**Artículo 97.-** Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

Dijimos al analizar el art 96 que, de acuerdo al procedimiento establecido por el constituyente de 1994, la doble vuelta no se realiza cuando del primer acto electoral resulta alguno de los dos supuestos contemplados por este art. y por el art. 98, a saber:

- a. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido más del 45% de los votos afirmativos válidamente emitidos art. 97.
- b. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido por lo menos el 40% de los votos afirmativos válidamente emitido y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos (art. 98).

De no presentarse los supuestos precedentes descritos, será necesario proceder a una segunda elección, en los términos del ya examinado art. 96.

En este art. 97, y en el siguiente, el constituyente de 1994 establece la regla para la determinación de los porcentajes que contemplan ambas normas; porcentaje que se realizan sobre “los votos afirmativos válidamente emitidos”. → se excluyen los votos en blanco y los votos nulos.

**Artículo 98.-** Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

En este caso serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación los integrantes de la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta cuando hubiere obtenido el 40% por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

## ATRIBUCIONES

**Artículo 99.-** El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

## FACULTADES COLEGISLATIVAS DEL PODER EJECUTIVO

Como mencionamos antes, cuando hablamos de facultades colegislativas referimos a los procesos de elaboración y sanción de leyes, ya que en estos se requieren dos voluntades para llevarlos a cabo. Con esto, se busca brindar mayor legitimidad a las leyes (dos fuentes de legitimidad: el PE y el PL).

*¿Cuál es el papel del Poder Ejecutivo, entonces?*

- **Promulgación de leyes**

El PE no tiene la capacidad de dictar leyes, pero sí es su función promulgarlas

- **Iniciativa de Ley**

El PEN puede, además, hacer ingresar cierto tema en el Congreso para su examen a través de alguna de las cámaras según lo decida; tiene esa discrecionalidad. Esta iniciativa puede ser aprobada o no por el Congreso posteriormente.

- **El veto**

Una vez que la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados sancionan un proyecto de ley, esta pasa al Poder Ejecutivo.

El presidente de la Nación puede:

- **Aprobar y promulgar la ley.** Se completa así el proceso legislativo. Esto lo puede hacer por medio de un decreto o bien “promulgación de hecho”, ya que si el presidente no se pronuncia pasados diez días hábiles desde que se le comunicó la norma se promulga automáticamente. En ambos casos, la ley se publica luego en el Boletín Oficial y entra en vigencia de acuerdo con los plazos legales.
- **Vetar la ley**, de forma total o parcial. En caso de veto parcial, puede promulgar parcialmente la parte no vetada cuando no desvirtúe el espíritu del proyecto sancionado por el Congreso.

- **Los Decretos de Necesidad y Urgencia**

Antes de la reforma de 1994 los DNU no se encontraban regulados constitucionalmente, sin embargo era una práctica habitual del PE, que muchas veces se hacía de manera desmedida y sin ningún tipo de control. No obstante, la CSJN ha sentado precedentes previos a la Reforma Constitucional.

El art. 99 CN enuncia las atribuciones del PE, son facultades explícitas, es decir, que el PE sólo tiene aquellas facultades que están en la CN. (El PL es el único que tiene facultades implícitas).

El art. 99 inc. 3 nos dice que:

- El presidente de la Nación participa de la formación de las leyes, las promulga y las hace pública.
- El PE bajo pena de nulidad absoluta e insanable tiene prohibido emitir disposiciones de carácter legislativo → ¿qué quiere decir?

↓

que por regla el PE no legisla, entonces, el PE por sí mismo no puede sancionar leyes porque esto es atribución del PL. (regla normativa)

¿Qué pasa bajo ciertas circunstancias excepcionales? → en las que no se puede seguir los trámites ordinarios del Congreso para la sanción de leyes por cierta situación especial, entonces, el presidente puede emitir DNU siempre que no traten sobre las materias penales, tributarias, electorales o regímenes de partidos políticos (aca estamos hablando de la sustancia, es decir, aquello que en contenido no puede tener un DNU).

### **ASPECTOS SUSTANCIALES**

¿A qué refiere la necesidad y urgencia? → son las dos razones por las que se puede dictar esta norma.

**Necesidad:** refiere a que el objeto de la norma debe ser importante, tiene que tener un impacto.

**Urgencia:** refiere a que en el tiempo es perjudicial y que debe ser resuelto rápidamente.

Estamos hablando de una situación de emergencia, que quiere decir que está contemplada normativamente y no de excepción, porque hablamos de excepción cuando esto no encuentra un amparo normativo.

### **ASPECTOS FORMALES**

Hace referencia a los pasos a seguir para que se pueda dar validez a los decretos, el inc. 3 nos dice:

- Ellos deben ser dictados en acuerdo general de ministros ⇒ quiere decir que tiene que participar el gabinete en pleno.
- Tiene que tener el refrendo (firma) de todos los ministros y del Jefe de Gabinete.
- Una vez publicado el decreto, el Jefe de Gabinete en persona lo tiene que elevar a una Comisión Bicameral Permanente (que está compuesta proporcionalmente a los bloques de cada Cámara del Congreso de la Nación) en un plazo de 10 días.
- Recibido el decreto por la Comisión Bicameral Permanente, esta también tiene un plazo para despacharse de 10 días y a posterior debe elevarlo al pleno de cada Cámara para su expreso e inmediato tratamiento.
- La CN establece que una ley especial del Congreso va a regular la Comisión Bicameral Permanente que tiene que ser votada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Esta ley también va a regular el trámite de los DNU (ley 26.122).

### **TRÁMITE DE LOS DNU**

1. El Jefe de Gabinete tiene un plazo de 10 días para presentarlo ante la CBP al decreto, en caso de incumplimiento de ese plazo, la CBP se puede avocar de efecto al tratamiento del mismo.
2. Las Comisiones se expiden sobre dictámenes, ese dictamen es acerca de la validez o la invalidez del Decreto, esto quiere decir que va a analizar si se cumplen las:
  - **cuestiones sustanciales**, es decir, la necesidad y la urgencia, y que no hable sobre las materias prohibidas sobre el inc. 3, y a su vez,
  - **cuestiones formales**, quiere decir que tenga el refrendo de los ministros y que se hayan cumplido los plazos.

Ese dictamen (los dictámenes no atan a la Cámara en la decisión) es sobre validez o invalidez, puede ser positivo o negativo.

3. Una vez que la Comisión se expide mediante este dictamen, cumplido los 10 días, la CBP lo eleva al pleno de las cámaras, y en caso que la CBP no se avoque al Decreto dentro de ese plazo, las Cámaras también pueden actuar (tratar) por oficio el DNU.
4. Luego de que las Cámaras reciban el DNU, estas tienen que darle expreso e inmediato tratamiento ⇒ ¿qué ocurre aquí?

↓

En el diseño constitucional de nuestra CN y en el caso de la ley 26.122 no se establece plazos para que el Congreso se exprese, si bien la CN nos dice inmediatamente, no hay un plazo requerido para que las cámaras se expidan. Por otra parte, el rechazo del decreto, tiene que ser por ambas Cámaras, es decir, expresamente cada Cámara debe manifestarse que no convalidan el decreto, para que el decreto quede invalido y sea derogado → ¿por qué?

↓

La ley 26.122 dice que mientras el Decreto no sea rechazado por ambas Cámaras mantienen plena vigencia los derechos adquiridos por él, es decir, que ante la emisión de un DNU siempre que las Cámaras no se expresen en simultáneo o contrario va a seguir siendo válido ⇒ puede ocurrir que una Cámara lo rechace porque el oficialismo no tiene mayoría y si la oposición, pero mientras la otra Cámara no lo haga el DNU sigue vigente.

Desde el plano descriptivo podemos decir, Hay un problema sobre todo con el ethos porque si no puede haber expresión tácita de voluntad, y la mayoría de las veces el Congreso no las trata y siguen vigentes, ¿qué está habiendo? una aprobación tácita de esos DNU en contrario a lo que establece la CN

**Caso Peralta:** A principios de la década del 90, cuando los DNU no estaban reglamentados, la doctrina de la CSJN ha establecido que un caso donde los plazos fijos se convirtieron en bonos de deuda pública, que se podía convalidar los DNU con la sanción tácita del Congreso, lo cual quiere decir, que ante el silencio del Congreso se daba por aprobado un DNU.

Quiere decir que ahí estaríamos frente a un problema en el ethos de nuestra constitución, de si estos decretos pueden seguir siendo válidos o no en un plazo de tiempo, ya que al mismo tiempo se contradice con la inmediatez de su tratamiento.

A partir de 1994 el art. 82 CN establece que la sanción tácita no existe por parte del Congreso, sino que esta tiene que ser expresa.

Los derechos adquiridos durante la vigencia del DNU no son retroactivos, en concordancia con el Código Civil y Comercial las normas no se aplican retroactivamente.

## ● Delegación Legislativa

Para entender Delegación Legislativa hay que entender las facultades que posee el PE con relación al PL en lo que es la legislación, es decir, sabemos que el PE tiene un papel preponderante en la promulgación de leyes y además tiene la facultad de iniciativa de ley (presentar la ley ante el Congreso) y además tiene la facultad de

promulgar la ley (una vez aprobada por ambas Cámaras). Sin embargo hay una cuestión más, que es la delegación legislativa, que es una facultad del Congreso y no del PE.

**¿Qué es la delegación legislativa?** → Es una habilitación excepcional ilimitada que el Congreso le confiere al Poder Ejecutivo para que el PE ejerza temporalmente o bajo un cierto plazo algunas facultades legislativas que son propias del PL porque así los otorga la CN.

El concepto de delegación legislativa, se introduce formalmente a partir de la Reforma de 1994, en el art. 76, 100 inc. 12 y en la cláusula transitoria octava.

### ARTÍCULO 76

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Lo principal de la norma constitucional, es que **se prohíbe la delegación legislativa**. Pero la misma norma prevé excepciones, ¿cuáles son las excepciones?



En materias determinadas de **administración o emergencia pública** → con un plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases concretas de la delegación que el Congreso establezca.

Entonces, hay una cierta serie de cuestiones por las cuales la delegación legislativa, la cual es una facultad del poder legislativo se puede delegar al Poder Ejecutivo Nacional, es decir, debe estar referido a una materia determinada, la ley del Congreso que habilite al PE debe establecer si o si un plazo para el ejercicio de la facultad legislativa delegada, el Congreso debe establecer las bases (las políticas legislativas a las que se atiene el poder ejecutivo en su actividad), el reglamento delegado por el presidente debe ser refrendado obligatoriamente por el Jefe de Gabinete de Ministros (sin el jefe de gabinete no lo puede hacer art. 100 inc. 2)

La Delegación Legislativa se hace:

- con un plazo determinado
- en determinadas materias
- bajo las bases que dicte el Congreso
- el Jefe de Gabinete de Ministros tiene que refrendar estos decretos
- los decretos se remiten a la Comisión Bicameral Permanente
- la CBP es la que expresa si es válido o no ese decreto a través de un dictamen
- el dictamen se eleva al pleno de cada Cámara

La regla → está prohibida la delegación legislativa en el poder ejecutivo, porque nuestro modelo es un modelo de separación de poderes.

**Excepciones:**

Esto se cuestiona porque al delegar facultades propias del poder legislativo al ejecutivo afectado el régimen político republicano, cuyo principio es la división de poderes.

En el plano normativo, esta delegación se da en el poder ejecutivo, que es unipersonal y que está únicamente integrado por el presidente. Sin embargo, a partir de la ley de superpoderes se delega en el jefe de ministros. Desde el plano descriptivo vemos una situación de inconstitucionalidad.

Materias determinadas de administración: no puede haber delegación genérica y no se pueden delegar temas que requieran un procedimiento de aprobación especial, mayorías agravadas o que constituyan un mecanismo de control. Ej: no se podría delegar la aprobación de una ley de reforma o de coparticipación.

Emergencia pública: no suprime ni suspende los principios, estructuras y funcionamiento de la república, por lo que no da lugar a una delegación amplia de facultades.

Por el art.30 de la Convención Americana de DDHH y la interpretación que hizo la Corte Interamericana de DDHH, los derechos solo pueden ser restringidos por ley, por lo que esta no es una materia que se podría modificar por emergencia pública.

Sistema de control de DNU, delegación legislativa y promulgación parcial de leyes. Ley 26.122

- 1) Una vez dictado un decreto de este tipo, el jefe de gabinete debe enviarlo a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los 10 días siguientes. En caso de no enviarlo, la Comisión Bicameral lo debe tratar de oficio.
- 2) La Comisión Bicameral debe expedirse expresamente acerca de la validez o invalidez del decreto y elevarlo al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento dentro de los 10 días hábiles de presentado el decreto por el jefe de gabinete. La validez o invalidez se toma por mayoría absoluta de los miembros, si existe igualdad de votos, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente de la comisión. En caso de que la Comisión no se expida dentro de los 10 días hábiles, el Congreso debe actuar de oficio y tratarlo de igual modo.
- 3) Las cámaras del Congreso deben dar expreso tratamiento al dictamen de la Comisión, y expresar si aceptan o no el decreto.

### **CASO DELFINO vs. PREFECTURA MARÍTIMA**

La ley 3445 sancionada en 1986 otorgó el poder de policía de los mares, ríos, canales y puertos nacionales a la Prefectura General de la Nación, organismo perteneciente al PEN. En el art. 3 facultó a la Prefectura a juzgar las faltas o contravenciones a las ordenanzas policiales en ciertas condiciones, hasta tanto se sancionara el Código de Policía Fluvial y Marítima.

En cumplimiento de esta disposición, la Prefectura dictó el Reglamento de Puerto de la Capital, en el cual se prohibía a los buques arrojar objeto alguno en el interior del puerto. Los agentes del buque alemán Bayen infringieron esta norma, lo que motivó que la Prefectura General de Puertos le impusiera una multa, sanción también prevista en el Reglamento.

### **Tribunales Inferiores**

Los afectados llevaron el caso a la justicia, alegando que los artículos por los cuales eran multados eran inconstitucionales, porque se estaban violando los (actuales) artículos 99.2, 75 incisos 12 y 13, y el artículo 18. Sin embargo, el juez de primera instancia confirmó la resolución de la Prefectura.

### **Cámara de Apelaciones**

La Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia por considerar que ni la ley 3445 ni los artículos del Reglamento constituyen una delegación legislativa incompatible con la Constitución Nacional, debido a que el Congreso no ha puesto facultades conferidas por los incs. 11 y 12 del art. 75 de la CN en manos del Poder Ejecutivo, “existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo a fin de reglar los pormenores necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido”.

Cuando el PEN ejerce sus poderes reglamentarios en presencia de una ley previa como la 3445 no lo hace en virtud de una delegación legislativa, sino en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 99 inc 2. El único límite que tiene es el de no alterar la intención de la ley, en el caso, la Prefectura de Puertos al dictar el reglamento que se cuestiona, no hizo más que cumplir con la voluntad legislativa expresada en la ley 3.445.

El mandato del art. 18 de la CN, en lo que se refiere a la necesidad de una ley previa para aplicar una sanción penal, se cumple en el caso, ya que la ley 3.445 facultó al Poder Ejecutivo para crear las sanciones que le fueron aplicadas al buque Bayen.

### **Conclusión**

A través del presente fallo la doctrina deja asentado, que el Poder Legislativo no puede delegar en el Ejecutivo poderes que le fueron conferidos privativamente (o sea sólo al PL) por la Constitución Nacional, sin embargo por el artículo 99 inc 2, nada impide al Poder Ejecutivo reglamentar una ley previa dictada por el Congreso, siempre que dicha reglamentación no altere su espíritu o intención. Básicamente, no se le dio la razón a Bayen porque el ejecutivo estaba ejerciendo facultades que le correspondían reglamentando una ley ya existente sancionada por el poder legislativo.

## **LA COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE**

Retomando brevemente, la promulgación parcial de leyes en el art. 80 CN nos dice que los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante, eso es lo que nos dice la norma. Pero excepcionalmente, hay leyes que pueden promulgarse de manera parcial incluyendo las partes no observadas, es decir, las partes que no fueron desechadas por el Poder Ejecutivo. Las condiciones que va a establecer son:

- La parte que se quiere promulgar tenga autonomía normativa y que su aprobación parcial no altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

En este caso, se va a aplicar el mismo procedimiento que en los DNU y Delegación legislativa, por lo tanto, se necesita un control por parte de la Comisión Bicameral Permanente y del Congreso.

### **La Comisión Bicameral Permanente (Ley 26.122)**

La ley en su art. 2 nos dice, que la CBP tiene competencia para pronunciarse respecto de los decretos:

- a. de necesidad y urgencia;
- b. por delegación legislativa; y
- c. de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3; 76; 80 y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional.

Va a emitir un dictamen sobre la validez o la invalidez de estos decretos.

- **COMPOSICIÓN (art. 3 ley 26.122)**

La Comisión Bicameral Permanente está integrada por OCHO (8) diputados y OCHO (8) senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas.

- **PROCEDIMIENTO PARA EMITIR EL DICTAMEN**

- a. Una vez que es dictado un decreto de delegación legislativa; de necesidad y urgencia o de promulgación parcial de leyes, el Jefe de Gabinete de Ministros lo envía a la CBP dentro de los 10 días y lo somete a su consideración.
- b. Una vez que la CBP, recibe el decreto por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, va a expedirse expresamente, acerca de la validez o invalidez del decreto y va a elevar un dictamen al plenario de cada Cámara para que cada Cámara lo trate expresamente. El dictamen de la CBP, se toma por mayoría absoluta de los miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente (art. 8 ley 26.122).
- c. Cuando el dictamen es elevado al pleno de cada Cámara para que den expreso tratamiento:
  - si ambas Cámaras rechazan el decreto, el mismo debe ser derogado

Es menester resaltar, que la CBP se va a emitir un dictamen sobre la validez o invalidez del decreto pero quien finalmente va a tomar la decisión son las dos Cámaras del Congreso

El problema según Riberi con la ley 26.122 → la reglamentación ha desbaratado el espíritu de la CN porque con que una Cámara no se expida, dado el principio que todas las normas tienen efecto, y dado que el peronismo siempre ha tenido mayoría en el Senado, ha llevado a que sin pronunciarse hayan mantenido la validez de la norma. El art. 82 CN prohíbe que se asuma la voluntad tácitamente de un cuerpo deliberativo, cuando este cuerpo deliberativo no se ha expedido

La crítica que se le hace a la Ley 26.122 → es que nada dice en caso de que el congreso no se exprese, lo que deja un vacío frente al art 82 que dice que no puede haber aprobación tácita del Congreso, y al dejar pasar esta situación está vulnerando la CN. Además la ley exige que ambas cámaras rechazen el decreto para que sea derogado, esto invierte lo que establece la idea de control de la CN.

El Congreso debería expedirse sobre cada decreto y la Comisión Bicameral Permanente contaría para su dictamen de diez días y, luego, pasaría al Congreso para su tratamiento, existiere o no dictamen, **no se establece plazo alguno para que se expida el Legislativo**. En otras palabras, si bien era cierto que no se establece la aprobación ficta por el silencio del Legislativo, en los hechos (plano descriptivo) ocurre algo parecido pues el

decreto permanecerá en vigencia hasta tanto sea rechazado por el Congreso. Bastaría, entonces, que el Congreso no tratara un decreto para que éste siguiera vigente.

En síntesis, la derogación del decreto presenta significativas limitaciones:

- el art. 22 no establece plazo alguno para el pronunciamiento de las Cámaras con lo cual mientras el decreto no es tratado, mantiene su vigencia.
- La derogación del decreto requiere el rechazo de ambas Cámaras con lo cual si el Ejecutivo tiene respaldo en una de ellas gozará de vigencia. Asimismo, podría decirse que si el Ejecutivo controla una de las Cámaras tiene expedita la facultad legislativa en el marco y por la vía del decreto de necesidad y urgencia, salvo en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

## LA JEFATURA DE GABINETE Y LOS MINISTROS DEL PEN

La Constitución Argentina, a diferencia de la norteamericana que le sirvió de fuente y adoptó lo que podemos considerar un sistema presidencialista típico, donde el Poder Ejecutivo está a cargo única y exclusivamente del presidente de la Nación, incorporó ya en su texto histórico una figura tomada de los sistemas parlamentarios europeos: el gabinete no es el órgano que ejerce la función de gobierno, sino un conjunto de funcionarios que se desempeñan como órganos auxiliares del presidente, es decir como colaboradores directos e inmediatos de él, que son designados y removidos a su antojo por él (art. 99 inc. 7).

El perfil de los ministros en nuestro sistema constitucional aparece definido en los arts. 100 primer párrafo, 102 y 103 CN.

### **Artículo 100**

El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, **tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación**, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

El art. 100 CN dispone que el jefe de gabinete de ministros y los demás ministros “tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación” y por eso los actos del presidente deben cumplir necesariamente con el requisito formal de llevar el “refrendo” de al menos un ministro para que tenga validez.

Pero como su función no se limita a la de un simple fedatario, sino que el referendo importa que el ministro ha tomado parte en el proceso de decisión como colaborador y asesor del presidente en el ramo específico a su cargo (Interior, Justicia, Economía, etc.), el art. 102 CN lo hace responsable de los actos que legaliza, solidariamente con los otros ministros que hayan refrendado y, claro está, con el presidente que es el responsable político último de la administración.

Pero el art. 103 establece el límite de las atribuciones ministeriales disponiendo como regla que “no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones”, con la única excepción de aquellas que hacen al régimen económico y administrativo interno de sus propios ministerios.

La reforma de 1994 avanzó un paso más en esta línea de tomar prestadas instituciones de los sistemas parlamentarios europeos cuando incorporó la figura del Jefe de Gabinete, que guarda alguna lejana semejanza con la del primer ministro o jefe de gobierno, pero que a diferencia de éstos, no es quien gobierna, sino que sigue siendo un colaborador y auxiliar del presidente.

El **jefe de gabinete** es, al igual que los otros ministros, un subordinado jerárquico del presidente de la Nación. Tiene facultades para coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete (Art. 100 inc. 5 CN) y otras de máxima trascendencia como “ejercer la administración general del país” (Art. 100 inc. 1 CN) y tener a su cargo la recaudación tributaria y la ejecución del presupuesto (art. 100 inc. 7 CN).

En materia de administración el jefe de Gabinete tiene atribuciones asignadas expresamente por la CN y además, las que le delegue el presidente (art. 100 inc. 4 CN). Entre las primeras, se le ha confiado el rol preponderante de “ejercer la administración general del país” (art. 100 inc. 1 CN), recaudar los tributos y ejecutar el presupuesto (art. 100 inc. 7 CN), atribución ésta que ha sido potenciada al extremo cuando, violando la CN, el art. 37 de la Ley de Administración Financiera, lo faculta a modificar por sí mismo la Ley de Presupuesto, reasignando partidas e incluso cambiando su finalidad, con el único límite de no incrementar el monto total fijado por el Congreso. Pero todas estas atribuciones se ejercen bajo la supervisión del presidente de la Nación (art. 99 inc. 10 CN), que es el responsable político último.

El otro rol que le ha asignado el constituyente al jefe de Gabinete es el de obrar como nexo o vía de comunicación directa entre el presidente y el Congreso Nacional. Por eso es quien debe enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y presupuestos (art. 100 inc. 6 CN) y refrendar los mensajes mediante los que el Poder Ejecutivo envía proyectos de ley, como así también todas las decisiones vinculadas al Poder Legislativo (decretos reglamentarios, decretos que ejercen facultades legislativas delegadas y decretos de necesidad y urgencia, como así también los que disponen la promulgación parcial de leyes).

También se vinculan con este rol de nexo entre ambos poderes las responsabilidades que le asigna la CN (arts. 100 inc. 9 y 101) de informar periódicamente (al menos una vez por mes alternativamente a cada una) a las cámaras sobre la marcha de la administración y de someter personalmente a consideración de la comisión bicameral permanente los decretos de necesidad y urgencia.

## ACEFALÍA

¿Qué es? → significa falta de cabeza “Acefalia del poder ejecutivo” quiere decir que el poder ejecutivo queda sin cabeza, o sea, sin titular; siendo el ejecutivo unipersonal, eso ocurre cuando falta el único titular que tiene, es decir, el presidente.

El poder ejecutivo está acéfalo cuando por cualquier causa no hay presidente, o si lo hay no puede ejercer sus funciones. → Refiere a cuando se carece del titular del poder ejecutivo.

**Art. 88.-** En caso de enfermedad, ausencia de la Capital, muerte, renuncia o destitución del presidente, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo.

la CN distingue dos situaciones de acefalía del presidente:

Tiempo   tipos	Parcial	Total
Temporal	No está el presidente Causa temporal	No están el presidente ni el vicepresidente
Permanente	No está el presidente	Situación más complicada No hay presidente ni vicepresidente

- **Causales**

- Enfermedad
- Ausencia de la capital
- Muerte
- Renuncia
- Destitución del presidente
- Inhabilidad

Estas seis causas de acefalía determinan si será total o parcial.

- **Procedimiento**

Cuando la acefalía es sólo presidencial (parcial), el vicepresidente tomará su lugar

Cuando la acefalía es total (presidente y vice) el procedimiento será determinado por el Congreso (Ley 25716)

### LEY 25.716 | LEY DE ACEFALÍA PRESIDENCIAL

Artículo 1°. — En caso de acefalía por falta de Presidente y Vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente en primer lugar por el Presidente Provisorio del Senado, en segundo lugar por el Presidente de la Cámara de Diputados y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea, haga la designación a que se refiere el artículo 88 de la Constitución Nacional.

Artículo 2°. — La designación, en tal caso, se efectuará por el Congreso de la Nación, en asamblea que convocará y presidirá quien ejerza la Presidencia del Senado y que se reunirá por imperio de esta ley dentro de las 48 horas siguientes al hecho de la acefalía. La asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara que la componen. Si no se logra ese quórum, se reunirá nuevamente a las 48 horas siguientes, constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada Cámara.

Artículo 3°. — La designación se hará por mayoría absoluta de los presentes. Si no se obtuviere esa mayoría en la primera votación se hará por segunda vez, limitándose a las dos personas que en la primera hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En caso de empate, se repetirá la votación, y si resultase nuevo empate, decidirá el presidente de la asamblea votando por segunda vez. El voto será siempre nominal. La designación deberá quedar concluida en una sola reunión de la asamblea.

Artículo 4°. — La determinación recaerá en un funcionario que reúna los requisitos del artículo 89 de la Constitución Nacional, y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: Senador Nacional, Diputado Nacional o Gobernador de Provincia.

En caso de existir Presidente y Vicepresidente de la Nación electos, éstos asumirán los cargos acéfalos.

El tiempo transcurrido desde la asunción prevista en este artículo hasta la iniciación del período para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 90 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 5° — Modifícase el artículo 6° de la Ley N° 20.972 de Acefalía Presidencial, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 6°. — El funcionario que ha de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1° de esta ley actuará con el título que le confiere el cargo que ocupa, con el agregado "en ejercicio del Poder Ejecutivo". Para el caso del artículo 4° el funcionario designado para ejercer la Presidencia de la Nación o el Presidente y Vicepresidente electos deberán prestar el juramento que prescribe el artículo 93 de la Constitución Nacional ante el Congreso y en su ausencia, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El Congreso de la Nación ha reglamentado la acefalía presidencial por la ley 25.716.

La regulación legal vigente distingue si estamos frente a un supuesto de acefalía temporal o permanente, y en ambos casos, si está en ejercicio el vicepresidente o el cargo se encuentra vacante. Por último, a partir de la

- Procedimiento en caso de **acefalía temporal** del Poder Ejecutivo

En caso de acefalía temporal del presidente (acefalía temporal parcial), asumirá el vicepresidente hasta que aquél reasuma su cargo (art. 88 CN).

Ante la falta de vicepresidente, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente en el siguiente orden y hasta tanto reasuma su titular:

- en primer lugar, por el presidente provisorio del Senado
- en segundo lugar, por el presidente de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos, por el
- Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 1 y 5)

El funcionario que ha de ejercer el Poder Ejecutivo en estos casos actuará con el título que le confiere el cargo que ocupa, con el agregado "en ejercicio del Poder Ejecutivo" (art. 6).

- Procedimiento en caso de **acefalía permanente** del Poder Ejecutivo

En caso de acefalía permanente del presidente, asumirá el cargo el vicepresidente de la Nación hasta completar el período correspondiente (art. 88 CN).

En caso de acefalía permanente de presidente y vicepresidente de la Nación, hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea haga la designación del funcionario que ha de ejercer la Presidencia a que se refiere el art. 88 CN, el cargo se deberá cubrir de manera transitoria de acuerdo al art. 1 de la ley, es decir, por el presidente provisorio

del Senado, o por el presidente de la Cámara de Diputados y a falta de éstos, por el presidente de la CSJN, en ese orden.

- *Intervención de la Asamblea Legislativa*

a. Plazo y quórum para sesionar (art. 2 de la ley)

El Congreso se reunirá dentro de las 28hs. siguiente al hecho de la acefalía, en Asamblea (diputados y senadores sesionarán juntos en el recinto de la Cámara de Diputados), convocada y presidida por quien ejerza la Presidencia del Senado.

La Asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de las  $\frac{2}{3}$  partes de los miembros de cada Cámara que la componen.

Si no se logra ese quórum, se reunirá nuevamente a las 48 hs siguientes, constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada Cámara.

b. Elección. Mayorías (art. 3 de la ley)

La designación se hará por mayoría absoluta de los presentes, en la primera votación.

Si no, se hará por segunda vez limitándose a las dos personas que en la primera hubiesen obtenidos mayor número de sufragios.

En caso de empate, se repetirá la votación (tercera votación).

Si resultase nuevo empate, decidirá el presidente de la Asamblea votando por segunda vez (cuarta votación).

El voto será siempre nominal. La designación deberá quedar concluida en una sola reunión de la Asamblea.

c. Funcionarios candidatos (art.4 de la ley)

La determinación recaerá en un funcionario que reúna los requisitos del art. 89 CN y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia.

En caso de existir presidente y vicepresidente de la Nación electos, éstos asumirán los cargos acéfalos. El tiempo transcurrido desde la asunción del cargo hasta la iniciación del período para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el art. 90, último párrafo de la CN- es decir, no se computa a los fines de la posible reelección-.

A fin de adecuar lo dispuesto en el segundo párrafo de esta cláusula con el mandato impuesto en el art. 88 CN, en cuanto a que el Congreso determinará “qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia”, debemos entender a los miembros de la fórmula electos, dado que para integrar dicha fórmula al momento de someterse al voto popular no requerían ser funcionarios públicos.

d. Juramento (art. 6 de la ley)

El funcionario designado para ejercer la presidencia de la Nación o el presidente y vicepresidente electos deberán prestar el juramento que prescribe el art. 93 de la CN ante el Congreso y en su ausencia, ante la CSJN.

## APARTADO C: PODER JUDICIAL

### PODER JUDICIAL

La CN ha establecido una serie de garantías para que cada uno de los poderes del Estado funcione de manera independiente. Esta técnica constituye una eficaz herramienta para evitar los abusos de poder.

El rol principal que tiene a su cargo el Poder Judicial es el ejercicio de la función jurisdiccional, esto es la resolución de conflictos suscitados entre particulares en procesos judiciales, mediante la aplicación de la ley. En otras palabras, corresponde al órgano judicial la eminente tarea de aplicación de las leyes a los casos concretos. En la aplicación de normas se encuentra ínsita la función.

Con el objetivo de mantener el saludable equilibrio entre los poderes, de modo tal que ninguno de ellos ingrese sobre competencias reservadas a otro, nuestra CN ha dotado al Poder Judicial de garantías para fortalecer y resguardar su independencia.

La CN se ha preocupado muy especialmente de tutelar las garantías judiciales por ser éste, a diferencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, el órgano políticamente más débil.

El rol de guardián último de los derechos y garantías de los individuos que posee el Poder Judicial exige que pueda actuar sin interferencias externas. En este sentido, Loewenstein sostenía *“la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones, que le hayan sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de poder, constituye la piedra final en el edificio de Estado democrático constitucional de derecho.”*

## COMPOSICIÓN

**Artículo 108.-** El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

El art. 108 dispone que:

- a. El único tribunal que nuestra CN ha creado es la CSJN, correspondiendo al Poder Legislativo crear o suprimir tribunales inferiores a la Corte.
- b. En el ámbito jurisdiccional, la CSJN es el órgano de máxima jerarquía, cabeza del Poder Judicial, circunstancia ésta que sólo podría ser modificada mediante una reforma constitucional.

En función de esto, la CN ha delineado la estructura fundamental del Poder Judicial, definiendo que la cabeza de este órgano en ejercicio de la función jurisdiccional es la CSJN y dejando a la legislación inferior el diseño del resto de la arquitectura judicial, mediante la creación de todos los tribunales inferiores a la Corte, esto en consonancia con el art. 75 inc. 20 que dispone la facultad del Congreso de la Nación establecer los tribunales inferiores a la Corte.

Con la reforma de 1994 se incorporaron dos institutos nuevos:

1. El Consejo de la Magistratura
2. Jurado de Enjuiciamiento

Vienen a formar parte del Poder Judicial de la Nación

**Artículo 109.-** En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

## ORGANIZACIÓN

### 1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Es el órgano supremo y máximo del PJ, su titular o cabeza, y es ese el motivo por el cual sus decisiones no admiten recurso alguno y sus sentencias son definitivas.

#### **Funciones**

- Desarrolla la doctrina constitucional en sus sentencias, a partir de la interpretación y la aplicación de la CN
- Ejerce en última instancia el control de constitucionalidad. Esto le da un papel relevante en el diseño de las políticas estatales, según cuál sea la materia sobre la cual juzga la constitucionalidad de sus contenidos.
- Actúa como custodio del sistema de derechos.
- Vigila que los tratados internacionales no se violen a través del control de convencionalidad.
- Concerta armoniosamente las competencias federales y las provinciales para evitar las pugnas entre unas y otras.
- Integra los vacíos normativos de la constitución y del derecho infraconstitucional y confiere desarrollo y contenidos a las normas que requieren irse completando
- Es considerada la última intérprete de la constitución y la guardiana de los derechos humanos.

#### **Designación**

- Designados por el PE con acuerdo del Senado
- Se requiere  $\frac{2}{3}$  de votos de sus miembros presentes y deben elegirse en una sesión pública convocada a ese efecto

#### **Requisitos para acceder al cargo**

#### **ARTÍCULO 111**

Ninguno podrá ser miembro de la CSJN, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador.

### 2. TRIBUNALES INFERIORES

Los jueces de los tribunales inferiores son designados por el PE con acuerdo del Senado, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura (la terna es vinculante, esto significa que el presidente debe elegir necesariamente a uno de esos tres candidatos. El acuerdo del senado es en sesión pública, y no exige ninguna mayoría. Este proceso se lleva a cabo con la intención de brindar a los jueces de grado o cámara federal (los que no son de la CSJN) algún grado de legitimidad, ya que tenemos un control de constitucionalidad disperso y se trata de una tarea esencial.

## GARANTÍAS PARA LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

**Artículo 110.-** Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

El art. 110 de la CN consagra expresamente dos garantías que protegen la independencia judicial: la inamovilidad de los magistrados mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de sus remuneraciones.

En cuanto a la inamovilidad, este artículo dispone en su primera parte que los jueces de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. Esto significa que no pueden ser apartados de sus cargos, salvo que se verifique alguna de las causales determinadas por la propia CN que permiten removerlos.

La garantía de inamovilidad cede cuando el juez incurriere en alguna de las causales previstas en el art. 53 CN:

- a. Mal desempeño en el ejercicio de sus funciones
- b. Delito en el ejercicio de sus funciones
- c. Crímenes comunes

Ante cualquiera de estas hipótesis, la CN habilita que se inicie el procedimiento de remoción del magistrado. El tipo de proceso dependerá de su pertenencia a la Corte Suprema o a un Tribunal inferior de la Nación, correspondiendo:

- juicio político en el primer caso → ministros de la CSJN
- jurado de enjuiciamiento → jueces de un Tribunal Inferior de la Nación.

La inamovilidad implica entonces que los jueces no pueden ser removidos sin que se observen las pautas que la CN marca para poder apartarlos de su cargo (juicio político o por el jurado de enjuiciamiento según corresponda).

La inamovilidad es una garantía esencial para resguardar la independencia del accionar de los magistrados, quienes no deben <<temer>> ser removidos de sus funciones.

La independencia con que debe contar el Poder Judicial supone que los magistrados:

- a. no deben recibir presión alguna por parte de los otros poderes del Estados ni desde la sociedad civil (independencia externa)
- b. no deben recibir injerencia por parte de otros tribunales de justicia (independencia interna)

Nuestra CN consagra una segunda garantía para reforzar la independencia judicial: **la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados.**

La última parte del art. 110 CN dispone que los jueces de la CSJN y los Tribunales Inferiores de la Nación “recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

Es razonable que los magistrados perciban una remuneración del Tesoro Nacional como contrapartida por el cargo que desempeñan ya que ello permite, en principio, que éste ejercicio sea con honestidad, probidad y

dedicación. En relación con esta remuneración, nuestra CN establece que jamás podrá ser disminuida, mientras el juez permanezca en su cargo.

El objetivo que persigue la garantía de intangibilidad es evitar que mediante la modificación de las normas que fijan las remuneraciones de los jueces, los poderes políticos puedan afectar la independencia judicial.

## REQUISITOS

**Artículo 111.-** Ninguno podrá ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, sin ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador

Quienes aspiren a ser miembros del alto tribunal deben cumplir con unas series de requisitos:

Poseer el título de abogado con ocho años como mínimo de ejercicio y reunir las calidades exigidas para ser senador, es decir, tener una edad mínima de 30 años y ciudadanía argentina con seis años al menos de antigüedad, además de la exigencia en desuso de poseer una renta anual de dos mil pesos fuertes (Art. 53 CN).

Con relación al resto de los requisitos, cabe destacar que sobre los requisitos para ser senador, con la salvedad de que para los integrantes de la CSJN no sería aplicable la exigencia de ser natural de una determinada provincia.

La CN actualmente no determina el número de miembros que deben integrar esta Corte, por lo que eso ha quedado librado a la legislación que al respecto dice el Congreso de la Nación.

El número de vocales ha ido variando en función de las diversas reglamentaciones hechas por el Poder Legislativo. La ley 26.183 redujo finalmente el número de cinco vocales, cifras actualmente vigentes.

**Artículo 112.-** En la primera instalación de la Corte Suprema, los individuos nombrados prestarán juramento en manos del Presidente de la Nación, de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución. En lo sucesivo lo prestarán ante el presidente de la misma Corte.

Dispone la obligación de los miembros de la CSJN de prestar juramento al asumir en su cargo ante el presidente de ese tribunal. En relación con la figura del presidente de la CSJN cabe referir que la CN nada expresa en cuanto a quien corresponde tal nombramiento. A partir de la presidencia de José Uriburu, tal designación recae en los propios vocales de la Corte.

## DESIGNACIÓN, REMOCIÓN Y DURACIÓN DE LOS MAGISTRADOS

La designación de los miembros de la CSJN es una decisión que compete al Poder Ejecutivo con acuerdo de dos tercios de los miembros del Senado (art. 99 inc. 4)

La designación de todos los magistrados de los tribunales inferiores a la CSJN ha sido modificada a partir de la reforma constitucional de 1994. En efecto, en virtud del art. 114 CN, estos magistrados son designados con base en un procedimiento especial llevado a cabo ante el Consejo de la Magistratura, quien debe elaborar una terna de tres candidatos a cubrir la vacante de que se trate para luego remitir al Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo podrá elegir libremente entre los tres candidatos para conformar la terna y una vez seleccionado éste, debe remitir el pliego al Senado para su aprobación. → será desarrollado mejor en el Consejo de la Magistratura.

En cuanto a la remoción de los miembros de la CSJN, la CN indica que debe formalizarse a través del instituto del juicio político. Mientras que el modo previsto para apartar de su cargo a los magistrados inferiores es el que regula el art. 115 CN y que se formaliza ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Los jueces duran en su cargo mientras dure su buena conducta (Art. 110 CN), por lo que podría decirse que su cargo es vitalicio, en la medida que no incurran en alguna de las causales que habiliten su remoción, ya sea por vía del juicio político, ya sea frente al jurado de enjuiciamiento. Ello no obsta, a que los magistrados decidan acogerse al beneficio jubilatorio una vez alcanzada la edad y demás requisitos establecidos en la legislación previsional o que hagan uso de la facultad de renunciar a su cargo, en las formas y condiciones previstas por la ley.

## COMPETENCIAS

**Artículo 116.-** Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Este artículo establece qué causas son delegadas por las provincias para que sean resueltas por el PJ nacional en su totalidad por tratarse de casos extraordinarios: no distingue entre qué corresponde a los tribunales inferiores y qué a la CSJN, sino qué tiene carácter federal. Estas competencias se clasifican:

- SEGÚN LA MATERIA

1. Causas que versen sobre puntos regidos por la CN y leyes de la nación (a excepción de la reserva hecha en el Art 75.2 (Códigos sustantivos: su aplicación judicial es de jurisdicción local)
2. Tratados con naciones extranjeras (control de convencionalidad)
3. Almirantazgo y jurisdicción marítima; asuntos de navegación y comercio marítimo, que se realiza con buques destinados a puertos extranjeros desde puertos del país y entre puertos provinciales
4. Asuntos en los que la nación sea parte: órganos de todos los poderes del Estado, órganos descentralizados y entidades autárquicas

- SEGÚN LA MATERIA

- Causas de extranjería: Embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros

## ■ Causas en los que la provincia sea parte (vecindad)

1. Causas entre dos o más provincias
2. Entre una provincia y los vecinos de otra
3. Entre vecinos de distintas provincias
4. Entre la provincia o vecinos de la provincia y un Estado o ciudadano extranjeros

## ATRIBUCIONES EXCLUSIVAS Y DIRECTAS DE LA CSJN

**Artículo 117.-** En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

Este artículo recorta del anterior una especie dentro del género de competencia judicial federal, la que corresponde ejercer de manera originaria y exclusiva a la CSJN. Es decir, las demás causales entran por los tribunales inferiores, pero pueden ir ascendiendo a través de distintas instancias. Las causales mencionadas por este artículo van directamente a la CSJN sin instancias intermedias. Estas atribuciones serán dos:

- ✓ Causas de extranjería: Lo concerniente a embajadores, ministros y cónsules extranjeros
- ✓ Causas en las que alguna provincia sea parte.

## APARTADO D: ÓRGANOS AUXILIARES

### EL MINISTERIO PÚBLICO (LEY 24.946)

**Artículo 120.-** 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.

Cuarto poder que existe en nuestra CN, que se incorpora en la reforma de 1994.

Es un extra-poder, la idea de presentarlo así, particularmente fuera del poder judicial, es la de afianzar los controles entre los poderes del estado.

**Órgano bicéfalo:** Procurador general y el defensor general. Gozan de inmunidades funcionales, es decir, de arresto, de inamovilidad y de intangibilidad de remuneraciones.

No es un representante del Estado, es un **representante de la sociedad**.

**Procurador General:** jefe de los fiscales, los que acusan en los procesos penales.

- **Funciones:**

**Defensa y control de legalidad:** La lleva a cabo por lo general el Procurador general y los fiscales por esto participa en todos los casos donde se cuestione la constitucionalidad de una norma. Ej: dictamen del procurador general en el caso Fayt

**Promoción de los intereses generales de la sociedad:** La lleva a cabo por lo general el Defensor general a través de la defensa de pobres, ausentes y personas con limitaciones de capacidad.

Designados por el ejecutivo con acuerdo del senado con  $\frac{2}{3}$  de los presentes, removidos por las causales del art 53 y 59 CN (causales de juicio político), en un proceso similar al de juicio político que establece la ley reglamentaria. Debe acusar la cámara de diputados y juzga senadores, las penas son la destitución e inhabilitación.

- **Requisitos:**
  - Ciudadano argentino o naturalizado con 6 años de ciudadanía en ejercicio.
  - Abogado con 8 años de ejercicio de la profesión
  - 30 años de edad

## LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Es un organismo de control de la organización pública nacional.

Nace con la ley 24.156 que es anterior a la reforma constitucional de 1994 donde se reconoce a este organismo en el Art. 85 y su funcionamiento está regido por la misma ley. En caso de que la ley dijera algo distinto a la que dice la CN se debería aplicar un control de constitucionalidad.

Es un órgano técnico que asesora al poder legislativo, pero que tiene la característica de tener una conducción política, porque el presidente de la auditoría es designado por el congreso, pero propuesto por el partido político de oposición al poder ejecutivo (el que tenga mayor cantidad de legisladores en el congreso, que no sea el oficialismo).

- **Función**

Realiza un control externo de la administración pública únicamente en aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, este es un control que debe hacer el poder legislativo.

**Control de legalidad:** Todo el accionar del ámbito público está reglado por ley, por lo que hay que corroborar que se cumpla con lo que dice la ley.

**Gestión y auditoría:** puede realizar informes donde va a evaluar la oportunidad y conveniencia de las decisiones en las materia que le competen para ver que se estén usando eficientemente los recursos del estado. Busca prevenir la corrupción.

Todos sus informes tienen carácter público y puede hacer recomendaciones.

- **Conformación:**

Deviene de la Ley 24.156

Compuesto por 7 miembros con título en Cs. económicas o derecho y que acrediten conocimiento en administración financiera.

Los auditores duran 8 años y pueden ser reelegidos.

3 por cada cámara del congreso (senadores y diputados)

El presidente de la AGN es elegido por una resolución conjunta de los presidentes de las cámaras de senadores y diputados, pero es propuesto por el partido opositor.

## EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación, incorporado a la Carta Magna mediante la reforma constitucional realizada en el año 1994, y se encuentra actualmente regulado por la ley 24.937

### ● INTEGRACIÓN

El art. 114 CN regula la estructura, composición y funciones que tiene el Consejo de la Magistratura, a lo cual debe ajustarse el Congreso al momento de dictar las normas reglamentarias correspondientes.

La norma constitucional no ha precisado cuál es la integración exacta que este órgano debe tener, sino que se ha limitado a fijar pautas generales y ha dejado librada al legislador la precisión final. Pero el legislador, al regular la integración del Consejo, no puede desobedecer el claro marco que la CN fija: el objetivo del instituto es establecer un procedimiento de selección transparente para la designación de magistrados y esto es clave. El consejo debe elegir aspirantes a jueces, a funcionarios técnicos especializados en derecho, encargados de la aplicación del derecho. De allí que la CN prevé una composición basada en *estamentos* íntimamente relacionados con la magistratura (abogados- jueces-académicos) incluyendo representantes del pueblo (PE y PL). Y entre las representaciones de éstos debe haber *equilibrio*, que significa *contrapeso*, *contrarresto*, *armonía entre cosas diversas* lo cual implica también que debe asegurarse la pluralidad política.

La ley 24.937 promulgada el 30 de diciembre de 1997 plasmó la integración y los mecanismos de funcionamiento del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento. Esta ley fijaba la integración del órgano en 20 miembros. à es la ley que rige actualmente (más abajo veremos el porqué)

El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación está integrado por veinte consejeros/as, de acuerdo con la siguiente composición (artículo 2º, ley 24.937):

- El/la presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Cuatro jueces/zas del Poder Judicial de la Nación.
- Ocho legisladores/as nacionales. Cuatro en representación de la Honorable Cámara de Senadores y cuatro de la Honorable Cámara de Diputados.
- Cuatro representantes de los/as abogados/as de la matrícula federal.
- Un/a representante del Poder Ejecutivo Nacional.
- Dos representantes del ámbito científico y académico.
- **Reforma institucional del kirchnerismo: el Consejo de la Magistratura**

## Análisis sobre la ley 26.080

La ley 24.937 promulgada el 30 de diciembre de 1997 plasmó la integración y los mecanismos de funcionamiento del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento. Durante el gobierno de Nestor Kirchner sobrevino la reforma de lo dispuesto por la norma.

En el mes de febrero de 2006 el Congreso sancionó y el Ejecutivo promulgó la ley 26.080. Los cambios que se introdujeron respecto de la ley 24.937 fueron de distinta índole, pero el más significativo fue el relativo a la integración del cuerpo. Los antiguos 20 miembros se redujeron a 13. La ley anterior determinaba la siguiente composición: cuatro jueces representando al Poder Judicial, cuatro representantes de los abogados de matrícula federal, cuatro diputados (dos pertenecientes al bloque de la mayoría, una de la primera minoría y el restante de la segunda minoría), cuatro senadores distribuidos de la misma forma, dos representantes del ámbito académico, un representante del Poder Ejecutivo y el presidente de la CSJN. En la nueva composición el número de jueces se redujo a 3, la representación de los abogados a 2, el segmento académico a 1, desapareció en las Cámaras el representante de la segunda minoría, el Poder Ejecutivo mantuvo su representante y dejó de integrar el cuerpo el presidente de la CSJN.

En la nueva composición del cuerpo todos los sectores han perdido peso, con excepción del oficialismo que mantiene sus cinco representantes. Ello significa que ningún juez, por ejemplo, podrá ser seleccionado para integrar una terna ni acusado sin el aval del oficialismo, ya dichas decisiones deben ser aprobadas por una mayoría de 2/3 de los miembros presentes.

Desde el plano descriptivo, vemos como se ha establecido un desequilibrio entre sectores. Sobre 13 integrantes, los provenientes del sector público son 7 y por sí solos constituyen un quórum. Cabe señalar otras cuestiones que no se compadecen con el art 114 CN, por ejemplo se requiere la representación de los jueces de todas las instancias y el presidente de la Corte Suprema dejó de presidir el Consejo. Asimismo, respecto de la integración del cuerpo la norma habla -en plural- de “otras personas del ámbito académico y científico”, sin embargo, la representación del segmento académico se ha reducido a un solo integrante.

Cabe destacar que el rechazo al proyecto de reforma del oficialismo fue unánime.

Respecto del funcionamiento del Consejo de la Magistratura han existido críticas en múltiples sentidos. Sin duda, la demora en la sustanciación de los concursos y los cargos que no se cubren atentan contra la eficacia del órgano, además de críticas referidas a la burocratización del cuerpo. No obstante, resulta destacable y valioso el hecho de la instauración de un mecanismo de concursos, cuya finalidad, desde el plano normativo, era mejorar la calidad de los distintos candidatos al ocupar los cargos del poder judicial. Pero si uno de los objetivos era disminuir el peso de la política a efectos obtener mayor calidad institucional, la reforma fue en dirección contraria (plano descriptivo)

Nota importante a los problemas que tiene el poder judicial latinoamericano es, justamente, la falta de procedimientos objetivos y rigurosos para la selección de los jueces y la influencia de la política partidaria que infiere no sólo con la calidad de los magistrados designados, sino también con su propia y teórica independencia.

En síntesis, con la reforma del Consejo de la Magistratura se otorgó al Poder Ejecutivo una influencia preponderante en la designación de los magistrados y en su sustitución. En esta medida no cabe perder de vista

que ha sido el propio legislativo quien consciente e irresponsablemente ha cedido sus facultades en pos del Ejecutivo. La partidización del Legislativo ha cedido a su carácter representativo. La oposición si bien ha estado en contra de esta medida no acertó en transformar en causa pública estos temas que implicaban un rediseño institucional a favor de la concentración de poder en el Ejecutivo.

Los magistrados coincidieron en que la ley 26080 debe ser declarada inconstitucional porque hay una “demostración concluyente” de que a lo largo de 16 años de vigencia “se ha quebrado la regla de no predominio” y surgieron “falencias que ponen seriamente en riesgo la independencia del Poder Judicial”.

#### La CSJN declaró la inconstitucionalidad de la ley 26.080

El máximo tribunal del país invalidó la reforma que promovió Cristina Kirchner en 2006 y redujo la cantidad de miembros del organismo que intervenía en la selección y remoción de los jueces. Restituye la vieja conformación del cuerpo (la que rige actualmente) y exhortó al Congreso a sancionar un nuevo marco regulatorio (el Congreso hasta el día de hoy no sancionó ninguna ley)

Sobre el caso en cuestión la CSJN afirmó:

- “La noción de equilibrio significa ausencia de predominio, de manera que ningún sector cuente con una cantidad de representantes que le permita ejercer una acción hegemónica respecto del conjunto o controlar por sí mismo el cuerpo”.
- “El Consejo de la Magistratura ha mostrado diferentes composiciones y muchos esfuerzos personales de los consejeros, pero el diseño institucional ha conspirado para que esos propósitos finalmente se frustren”.
- “Ha quedado demostrado que durante ese período hubo una falta de cobertura de cargos importantes por falta de acuerdos que se ha mantenido invariable. Han sido públicas las disputas políticas que originaron esta parálisis con gran desmedro del funcionamiento del Poder Judicial”.
- “La selección de magistrados ha sido motivo de fuertes críticas por parte de las asociaciones profesionales, al alterarse el orden de las listas con apartamiento de las calificaciones”.
- “La administración ha variado constantemente por la intervención de distintos sectores lo que ha motivado la parálisis de obras, el atraso en numerosos proyectos y una crisis de funcionamiento de todo el Poder Judicial”.
- “Está claro que siempre hubo un poder de veto, de predominio, de un sector sobre otro, aunque fueron cambiando los roles”.
- “Asimismo, es evidente que la ley diseña un sistema parlamentario para funciones que son ejecutivas, lo que ha facilitado este poder de veto o predominio”.
- “Es claro que estas deficiencias no son imputables a un sector en particular sino al diseño mismo de la ley, que justamente es lo que debe ser modificado porque contraría los criterios constitucionales según la interpretación de esta Corte”.

- ATRIBUCIONES

La CN establece en el art. 114 que el Consejo tiene las siguientes atribuciones

- Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.
  - Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.
  - Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.
  - Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.
  - Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.
  - 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 de los servicios de justicia.
- Elaborar el anteproyecto del presupuesto anual del Poder Judicial, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Autarquía Judicial y la Ley de Administración Financiera, y ejecutarlo.

La selección se inicia en base a un concurso público específicamente regulado en la Ley del Consejo de la Magistratura, que básicamente consiste en la representación de los antecedentes del candidato a ocupar la vacante judicial, un examen y una entrevista personal. En base a los resultados obtenidos en cada tramo, se configura un orden de mérito, colocando a los tres candidatos que mayor puntaje hayan sumado en una terna. Dicha terna es elevada por el Consejo al PE para que elija al candidato. En esta instancia el orden de los candidatos de la terna no es vinculante, pudiendo el Ejecutivo seleccionar, por ejemplo, a que haya salido en segundo lugar. A continuación, se sigue el procedimiento donde el Ejecutivo deberá remitir al Senado el pliego con el nombre del candidato elegido, debiendo los senadores aprobarlo por mayoría absoluta. En suma, la designación de los magistrados inferiores está a cargo del Poder Ejecutivo, pero no puede elegir libremente a un candidato sino que debe escoger a uno de los integrantes de la terna confeccionada por el Consejo, y luego prestar acuerdo al Senado.

En relación con otras atribuciones del Consejo (art. 114 inc. 3) Ahora las decisiones en materia presupuestaria del órgano judicial, que históricamente correspondían a la CSJN han sido transferidas al Consejo.

Corresponde al Consejo iniciar el procedimiento de destitución de los magistrados inferiores, teniendo la legitimación al juez en cuestión por ante el Jurado de Enjuiciamiento, por incurrir en alguna de las causales del art. 53 CN.

## DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Se incorpora a la CN con la reforma de 1994.

Tiene como misión defender y proteger los derechos y garantías e intereses tutelados en la CN y las leyes frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública.

Se instituye en el ámbito del congreso de la nación, es decir es designado y removido por el congreso.

Tiene autonomía funcional, es decir que no recibe órdenes de ningún poder del Estado.

### Competencias:

- **Preventiva:** realizar investigaciones de oficio o por denuncia de algún interesado por el actuar de la administración pública nacional o de los concesionarios de servicios públicos, por mal funcionamiento, por ilegitimidad, por falta de respuesta a los reclamos de los usuarios y consumidores o de los administrados, por una mala atención o un mal trato, por no dar información suficiente, por violar los derechos de los usuarios y consumidores, por no preservar el medio ambiente o por casos de incumplimiento del estado a sentencias judiciales. Además puede formular críticas, emitir opiniones y hasta proponer reformas legislativas al congreso para evitar la vulneración de derechos tutelados por la CN o las Leyes.
- **Reparadora:** Posee legitimación activa, esto significa que el DPN puede presentarse y llevar adelante procedimientos tanto ante la administración como ante la justicia, puede hacer demandas judiciales a favor de los derechos, garantías e intereses tutelados por la CN a favor de los habitantes de la nación argentina.

Ej: Puede plantear amparos por derechos de tercera generación, por jubilación, ha hecho informes por la disparidad en la distribución de los subsidios de transporte en la república y como eso vulneraba la igualdad entre los habitantes.

**Rol fundamental en la iniciativa popular** → en cuanto a la reglamentación, cuando se va a iniciar la junta de firmas se presenta previamente al defensor del pueblo de la nación argentina, se presenta para que verifique si se cumplen los requisitos, para luego empezar a juntar las firmas.

### Requisitos

Para ser defensor del pueblo de la Nación Argentina se requiere los mismos que para ser senador:

- Argentino nativo o naturalizado
- Mayor de 30 años al momento de la elección

### Dura 5 años y puede ser reelegido una vez

Se designa y remueve por medio del Congreso con el voto de  $\frac{2}{3}$  de los presentes de cada cámara. El Congreso forma para esto una comisión compuesta por 7 miembros de cada cámara que proponen entre 1 y 3 candidatos. (ley 24.379)

Además se designa a 2 defensores adjuntos que deben ser abogados con al menos 8 años de ejercicio y acreditada versación (conocimiento profundo) en derecho público (ley 24.379)

Tiene inmunidad de palabra y de arresto, al igual que los legisladores para asegurar el ejercicio de su función y garantizar su independencia.

Lente descriptivo → en la actualidad hace varios años que el defensor del pueblo no está designado como lo establece la CN. Sigue funcionando con los defensores adjuntos pero es un problema que no tenga cabeza. Esto se debe al incumplimiento por parte del Congreso que por sus diferencias no logran llegar a un acuerdo.

## UNIDAD 10: EL INDIVIDUO Y EL ESTADO DE DERECHO

### APARTADO A

#### EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA Y DIGNIDAD DE LAS PERSONAS COMO FUNDAMENTOS DE LOS DD.HH.

Ambas son las vigas de la estructura del derecho.

- **AUTONOMÍA**

tomar mis propias decisiones. Los planes de vida no deben responder a ninguna otra fuente de autoridad que no sea la propia conciencia. Siempre y cuando respete al otro, la persona tiene la capacidad de hacer lo que quiera. La autonomía siempre lleva también responsabilidad de los actos realizados. La capacidad de decidir mi propio plan de vida (libertad responsable. No puedo ser yo un instrumento de nadie. Concepto fundante de la libertad.

- **DIGNIDAD**

todas las personas somos sujetos únicos. El prójimo es un ser precioso, único e irrepetible. La dignidad, o «cualidad de digno», deriva del adjetivo latino 'digno y se traduce por «valioso». Hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad.

#### ¿QUÉ SON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?

Son aquellos derechos fuertes, son los que están en la constitución y los que la Corte dice que son. Hacen a la justicia, y sin ellos no puedo tener libertad. Siempre se dan en el conflicto.

#### LIBERTAD E IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO Y COMO REGLA DE DERECHO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Libertad e igualdad son principios pilares de todo nuestro sistema de derechos. La libertad también es un derecho, un principio, y un valor básico en un orden constitucional como el nuestro. La libertad tampoco es un derecho o principio absoluto.

### *Libertad*

Sin este concepto no puede tener derecho. La CN forja la libertad, y la concretiza por medio de los derechos. Sin derecho, CN no puede tener libertad. Esta tiene varias acepciones:

- a. como valor: en el preámbulo, se adhiere
- b. como principio: Se desarrolla (mandatos de optimización)
- c. como derecho: Remedio (a todo o nada, se tiene o no se tiene)

La libertad tiene una **doble naturaleza**:

- **Derecho a elegir:** Siempre debe haber oportunidades entre las cuales optar. Las interferencias deben ser nulas.
- **Derecho a la intimidad:** Sin intimidad no hay libertad.

## Igualdad | variaciones sobre la igualdad

La igualdad es un concepto normativo aceptado por la CN. Además, es un concepto relacionado con la Ilustración y la historia del constitucionalismo. Sin embargo la igualdad a veces puede ser un derecho, un principio o un valor meta jurídico. Ambos se encuentran presentes en la CN. En su evolución histórica inicialmente como igualdad cívica, ante la ley, principalmente aparece como reclamo de igualdad de medidas de acción positiva hacia individuos desaventajados.

También se puede pensar como principio; la libertad e igualdad son principios, pilares del sistema de derecho. Es condición necesaria para la existencia de otros derechos, si se vulnera como derecho hay remedio procesal.

LA IGUALDAD SÓLO SE ROBUSTECE CUANDO SE ASIENTA EN TÉRMINOS MORALES Y EN LA DIGNIDAD

Esta puede darse en dos direcciones

- Sesgo finalista: Idea reguladora
- Términos liminares: No se puede entender el derecho sin ver los antecedentes.

La visión constitucional involucra dos normas:

- Primero ante la ley, igual a la igualdad formal
- La propiamente dicha con efectos de su aplicación, igual a la igualdad material.

La igualdad constitucional trata en tres dimensiones (visibiliza las tres oleadas del constitucionalismo)

- DIMENSIÓN FORMAL
- DIMENSIÓN CIVIL
- DIMENSIÓN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

IGUALDAD, JUSTICIA Y CONSTITUCIÓN SON TÉRMINOS COMPLEMENTARIOS

La virtud cívica es, en este sentido, el combustible de un orden deliberativo e igualitario

## Igualdad como

En términos de analizar constitucional, la igualdad presenta peculiares características según se analice como “valor” como “principio” o como “derecho”.

- a. **La igualdad como valor:** sin querer soslayar la necesaria distinción entre derecho y moral, existen algunos derechos y valores cuya comprensión no puede estar extrañada de una específica axiología constitucional. Más allá de la condición ética más o menos universales de algunos postulados, algunos

valores son específicamente constitucionales precisamente porque un orden constitucional dado los ha identificado como tales. La igualdad es uno de ellos. La igualdad vista como un valor, es un predicado que se construye en clave de justicia. Sin duda que existe una “igualdad moral”, que sitúa a todo individuo en un idéntico “deber de reconocimiento” por mera condición humana. Por ello, contrariamente a las reglas, la igualdad en este terreno sólo necesita “adhesión y comprensión”.

En nuestro caso, Riberi entiende que nuestros valores y creencias preambulares, asumen también que la igualdad es un bastión previo e inmovible. Entiéndase: no hay “autonomía” ni “dignidad individual”, sin igualdad. La *unión de iguales, el bienestar de todos, la paz, la defensa común*, se presentan necesariamente como valores parasitarios de una robusta concepción de igualdad. Más aún, el valor “justicia”, viga maestra de todo orden social y jurídico que pretenda asentar relaciones pacíficas entre individuos, sólo puede consolidarse y proyectarse, si previamente asume que sus determinaciones concretas serán efectivos para todos en un plano de igualdad.

**b. La igualdad como principio:** Concepto jurídico susceptible de verse optimizado por medio de medidas complementarias. Como regla fundante de relaciones y condición de posibilidad de otros derechos, necesita de otras normas complementarias. La igualdad como principio regulador y en términos finalistas, es principio constitucional. Dentro de una noción sistemática de orden jurídico, se refiere a la capacidad fundante de derechos que tiene la igualdad. La igualdad es una condición necesaria para la existencia y promoción de otros derechos y bienes colectivos. Tanto la libertad como la igualdad informan el concepto de autonomía y dignidad de los individuos que habitan nuestro territorio. La igualdad es un principio pero también máxima o “aspiración”. La igualdad como principio es razón, fundamento, de una compleja gama de derechos y garantías individuales. Es el elemento al que se reducen otros derechos u objetivos constitucionales. La igualdad es una regla principal categorizada en la constitución. Es un principio que dota de sentido a otros derechos. En cuanto a la tensión existente con la libertad, la armonización de ambos principios en consecuencia, lleva a que la “igualdad” pueda presentarse a menudo como una cuestión de grados. El tema es saber cuáles “interferencias” con la libertad o cuanta “interferencia” en pos de la igualdad son “buenas o valiosas”, además de que sean toleradas por la Constitución. Esto se relaciona con la teoría de Dworkin, y sus ideas de la igualdad como:

- Cuestión de estricto derecho (a matter of principle): Argumentos que lejos de ser obedecidos porque suponen algún beneficio son acatados porque simplemente su observancia aparece como un requisito insoslayable de “justicia” y cumplimiento de la Ley. Derechos de la constitución. Igualdad como derecho.
- Mandato de optimización (a matter of policies): Cuestión que entraña lábiles “principios” y otras “opciones valorativas” en un discurso jurídico. “Mandatos políticos o constitucionales” que como principios pueden servir para mejorar las condiciones económicas, políticas, sociales. Vienen a dar contenido a las cuestiones políticas, porque precisamente se presentan en argumentos que se enuncian bajo la forma de “beneficios y objetivos sustantivos”. Son decididos en base a particulares “agendas políticas” por el legislador y demás funcionarios.

**c. La igualdad como derecho:** la igualdad también se presenta como derecho subjetivo. Siguiendo la distinción de Dworkin, entender la igualdad como un derecho de la CN (“a matter of principle”), lleva a reconocer que una vez vulnerada la igualdad, se debe contar con un remedio procesal a mano.

Cuando la igualdad es derecho constitucional, no se deben intentar juicios prudenciales, o frente a un mandato de optimización. Si se invoca a la igualdad como derecho, la discusión se resuelve a “todo o nada” (mandato definitivo). No ha habido una doctrina judicial que haya intentado precisar cuál debe ser el marco tutelar específico de un “derecho a la igualdad”.

## PRIVACIDAD Y LEGALIDAD

### **ARTÍCULO 19**

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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe.

## **DOS TIPOS DE LIBERTAD**

- **POSITIVA:** Libertad de opción, tiene que ver con el concepto de “autonomía”
- **NEGATIVA:** Ámbito de la intimidad, tiene que ver con que me dejen en paz (de ésta trata el artículo)

### **LIBERTAD COMO PODER HACER TODO LO QUE NO DAÑE A TERCEROS**

El ejercicio de los derechos naturales de cada uno no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad la posibilidad del goce de estos mismos derechos

El artículo 19, tiene trascendencia ya que la primera parte es tal que sólo con ella es posible diseñar un sistema de respeto por la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos. Su fuente proviene en su inspiración ideológica de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa, pero afina más que esa declaración, el concepto de privacidad. El artículo, además contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad.

El artículo introduce la expresión acciones privadas, resguardadas de la intromisión estatal siempre que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública o perjudiquen a un tercero. El punto focal de la primera parte es el principio de autonomía de la persona humana, tomada como centro del sistema político, que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos. Este principio y su aplicación práctica diferencian los sistemas políticos entre sí. Existe un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del Estado y de terceros, cuyo acceso depende de la voluntad del individuo.

### **LA PRIVACIDAD COMO PRINCIPIO DE NO INTERFERENCIA**

Según Nino, este artículo resguarda de la interferencia estatal algo más que la privacidad (acciones realizadas en privado). La norma no impone una moral privada, ni un modelo de vida diseñado por el Estado. Deja ello librado a la moral, a las convicciones, a los principios religiosos de las personas y de la sociedad civil. Únicamente interviene, impidiendo o imponiendo conductas cuando éstas ofenden al orden o a la moral pública o perjudican a un tercer o cuando los afectados por las propias conductas aceptan voluntariamente alguna acción pública o social sobre las consecuencias de aquellas.

## **CASO BALBÍN vs. EDITORIAL ATLÁNTIDA**

### **HECHOS**

Es una causa por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín, fallecido el 9 de septiembre de 1981, contra "Editorial Atlántida S. A." (de quien es la revista "Gente", debido a que dicha revista publicó en su tapa una foto de Balbín internado en terapia intensiva en una clínica en La Plata, sumada a otras al interior de la revista. Provocó el sufrimiento de la familia de Balbín y la desaprobación por parte de autoridades políticas, eclesiásticas y científicas.

Los demandados, que reconocen la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ella, alegan en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

### **PRIMERA INSTANCIA**

El recurrente afirma no haber excedido "el marco del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista, sino que muy por el contrario, significó un modo –quizá criticable pero nunca justiciable– de dar información gráfica de un hecho de gran interés general" fundamentando en razones de índole periodística la publicación de la fotografía en cuestión, por todo lo cual no pudo violar el derecho a la intimidad en los términos que prescribe el art. 1071 bis del Cód. Civil.

La presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista "Gente y la actualidad" no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad por lo dispuesto en el art. 1071 bis del Cód. Civil.

### **SEGUNDA INSTANCIA**

La sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la 1ra instancia, que hizo lugar a la demanda que perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad de Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía suya cuando se encontraba internado en una clínica, sobre la base de lo dispuesto por el art. 1071 bis del Cód. Civil. Contra ella la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. Sostiene la recurrente que el fallo impugnado viola los arts. 14 (derecho a trabajar y publicación sin censura previa) y 32 (libertad de imprenta) de la CN

### **FALLO DE LA CORTE**

La publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista "Gente y la actualidad" excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó un sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista "Gente y la actualidad" no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad. Por ello, se admite el recurso extraordinario y se confirma la sentencia en lo que fue materia de recurso.

El sentido cabal de las garantías de libertad de expresión contenidas en los arts. 14 y 32 de la CN debe comprenderse más allá de la nuda literalidad de las palabras empleadas en esos textos, que responden a la circunstancia histórica en la que fueron sancionadas. El libre intercambio de ideas, concepciones y críticas no es bastante para alimentar el proceso democrático de toma de decisiones; ese intercambio y circulación debe

ir acompañado de la información acerca de los hechos que afectan al conjunto social o a alguna de sus partes. La libertad de expresión contiene, por lo tanto, la de información, como ya lo estableció, aunque en forma más bien aislada, la jurisprudencia de este tribunal. La libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general.

La protección del ámbito de intimidad de las personas tutelado por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta; máxime cuando el art. 1071 bis del Cód. Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 de la Carta Magna, así como también el art. 11, incs. 2 y 3, del ya mencionado Pacto de San José de Costa Rica, según los cuales nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Desde estos principios, no se admite la pretensión de la demandada de que el interés general en la información concerniente a un hombre público prominente justifica la invasión de su esfera de intimidad. En el caso, la fotografía tomada no entra en el marco amparado por la ley que protege el derecho a la libertad de prensa; ni siquiera siendo Balbín un personaje público y de interés general, ni justifica la intromisión del fotógrafo en su vida privada y con más precisión en víspera de su muerte.

## APARTADOS B

### SOCIEDAD Y ESTADO

El ser humano es al nacer, quizás la más indefensa de las criaturas, y requiere necesariamente de un prolongado período durante el cual le deben ser provistos los medios necesarios para su subsistencia y le deben ser enseñadas las conductas y comportamientos, por lo que se podría decir que el hombre tiene una sociabilidad natural. La sociabilidad natural del hombre trae implícita simultáneamente otra característica de la humanidad que es su politicidad:

#### BIDART CAMPOS

“Ya sabemos que la convivencia humana, dentro de un marco territorial, con el fin general y máximo de satisfacer todas las necesidades del grupo así individualizado y localizado, requiere organizarse, exige una coordinación, un orden, una dirección, una jefatura”

“Los hombres no pueden vivir si la convivencia no se organiza”

Lo que el hombre hace no es crear la sociedad y el Estado, porque le son dados naturalmente como únicas formas posibles de la vida humana. Sin embargo, no los brinda el medio, por lo que el hombre es quien crea una forma social y política determinada.

## ESTADO

Organización de base soberana que monopoliza con éxito el ejercicio de la coacción física legítima

### COMPONENTES DEL ESTADO

#### 1. PODER

Capacidad del Estado para hacer cumplir su fin: monopolio de la fuerza física legítima (imperio de la ley).

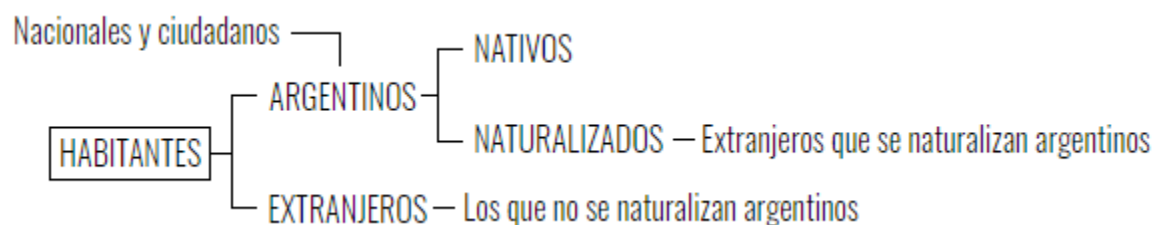
#### 2. GOBIERNO

Instituciones: el poder político institucionalizado. Conjunto de órganos que ejercen el poder del Estado en sus funciones.

#### 3. POBLACIÓN

Se trata del elemento humano, que estará bajo el poder político que se ejerce en un territorio. Consta de personas que, en sus interacciones sociales forman grupos, asociaciones, instituciones. Implica la unión voluntaria de los individuos en búsqueda del bien común. Buscamos un medio racional para el logro de una finalidad cuya existencia precede al nacimiento del Estado (sociabilidad natural). Según nuestra CN, la población puede ser de dos tipos: nacionales/ciudadanos, o extranjeros no naturalizados. Además, cabe aclarar que en nuestra CN se equipara la nacionalidad política con la ciudadanía, por lo que todo nacional es ciudadano y todo ciudadano es nacional.

Gráficamente, podría resumirse de la siguiente manera:



Dentro del elemento poblacional podemos distinguir, además, entre:

→ **COMUNIDAD:** Conjunto de individuos que se cohesionan de forma natural y espontánea, y que no necesariamente buscan una organización política.

→ **NACIÓN:** Constitución racional de un grupo que se caracteriza por la permanencia y estabilidad, y que aspira a tener una organización política propia.

## NACIÓN

Es una “comunidad” de hombres. La nación no puede organizarse, no puede adquirir estructuras que la institucionalicen, no se convierte en Estado. No tiene territorio propio. No puede ni debe tener poder, no se politiza, no es una persona moral ni jurídica, ni un sujeto de derechos. No sólo la nación y el Estado son diferentes, sino que además la primera nunca deviene en el segundo.

### 4. TERRITORIO

Base física o espacio geográfico demarcado y delimitado en donde se asienta la población. Abarca suelo, subsuelo, espacio aéreo y espacio marítimo. El territorio circunscribe el ámbito del poder estatal en dos formas:

→ Negativamente: Excluyendo de su área el ejercicio de todo poder político extranjero

→ Positivamente: Sometiendo a jurisdicción del Estado a las personas y bienes que se encuentran en el territorio, o que estando fuera tienen algún tipo de conexión con él.

## CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD

### Nacionalidad

- NACIONALIDAD SOCIOLÓGICA O “A SECAS”

La nacionalidad como realidad y como vínculo, ambos sociológicos y espontáneos, que no dependen del derecho positivo de los Estados, ni tampoco del DC. Es el vínculo que une una persona a una nación (no a un Estado), a los miembros del elemento poblacional. Es decir, se adquiere espontáneamente por la pertenencia a una nación, y no a un Estado.

- NACIONALIDAD POLÍTICA

Calificación derivada del derecho positivo de los Estados, y adjudicada por éste como cualidad de los individuos. Es la que un hombre tiene conforme al derecho positivo que se la atribuye, por lo que permite el ejercicio activo de los derechos políticos. Es la nacionalidad conforme al derecho vigente. Se trata de la situación jurídica con que una persona es investida por el derecho positivo del Estado, en relación al mismo “Estado”, según un criterio que aquel derecho adopta (como el lugar de nacimiento, nacionalidad paterna, naturalización, domicilio, etc). Es decir, aquí entra la nacionalidad según el “ius soli” e “ius sanguinis”. Puede o no coincidir con la nacionalidad sociológica.

La nacionalidad sociológica no es materia regulada por el DC, mientras que lo que sí regula es la nacionalidad política, que en el texto de la CN se iguala con la ciudadanía.

## CIUDADANÍA

Doctrinariamente, la ciudadanía es una cualidad o condición jurídica del hombre que consiste en un status derivado del derecho positivo, cuyo contenido está dado por el ejercicio de los derechos políticos. Es por esto que en nuestra CN se iguala ciudadanía con nacionalidad política. Según la CN:

**ARTÍCULO 75 INC. 12**

Corresponde al Congreso

Dictar (...) 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 (...).

Este artículo deja entrever dos de las tres formas en que una persona adquiere nacionalidad política o ciudadanía:

**1. NACIONALIDAD POR NACIMIENTO (IUS SOLI)**

También llamada nativa o natural, como en el texto constitucional. Se basa en el sistema de “ius soli” que implica que son argentinos todos los nacidos en suelo argentino (esto incluye cualquier territorio de soberanía del país, como una embajada). Este principio indica que se adquiere instantáneamente la nacionalidad política del lugar donde se nace.

**2. NACIONALIDAD POR OPCIÓN (IUS SANGUINIS)**

Alcanza a los hijos de argentinos nativos que optan por la nacionalidad paterna o materna argentina (herencia).

**3. NACIONALIDAD POR NATURALIZACIÓN**

La tercer manera, se encuentra en el artículo 20 de la CN:

**ARTÍCULO 20**

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano (...). No están obligados a admitir la ciudadanía (...). Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Se trata, entonces, de la nacionalidad que obtiene el extranjero que la solicita, por eso no es un deber, sino un derecho. No hay adquisición automática ni obligatoria de nacionalidad, sino voluntaria. Las condiciones para obtenerla son tener 18 años o más, haber residido 2 años en el país, o alegar y probar servicios a la República, además de manifestar ante la justicia la voluntad expresa de serlo. Estos servicios se detallan en la Ley de Ciudadanía.

LEY N° 346 | LEY DE CIUDADANÍA

**Artículo 1: Son argentinos**

- 1. Todos los individuos nacidos, o que nazcan en el territorio de la República Argentina, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de Ministros extranjeros y miembros de la Legación residentes en la República.
- 2. Los hijos de Argentinos nativos, que habiendo nacido en país extranjero optaren por la ciudadanía de origen.
- 3. Los nacidos en las legaciones y buques de guerra de la República.
- 4. Los nacidos en las repúblicas que formaron parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata, antes de la emancipación de aquéllas, y que hayan residido en el territorio de la Nación, manifestando su voluntad de serlo.
- 5. Los nacidos en mares neutros bajo el pabellón argentino.

## **Artículo 2: Son ciudadanos por naturalización:**

1. Los extranjeros mayores de 18 años, que residiesen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo.

2. Los extranjeros que acrediten dichos jueces haber prestado, cualquiera que sea el tiempo de su residencia, algunos de los servicios siguientes:

- Haber desempeñado con honradez empleos de la Nación, o de las provincias, dentro o fuera de la República
- Haber servido en el Ejército (...), o haber asistido a una función de guerra en defensa de la Nación
- Haber establecido en el país una nueva industria, o introducido una invención útil
- Ser empresario o constructor de ferrocarriles en cualquiera de las provincias
- Hallarse formando parte de las colonias establecidas o que en adelante se establecieran, ya sea en territorios nacionales o en los de las provincias, con tal de que posean en ellas alguna propiedad raíz
- Habitar o poblar territorios nacionales en las líneas actuales de frontera o fuera de ellas
- Haberse casado con mujer argentina en cualquiera de las Provincias
- Ejercer en ellas el profesorado en cualquiera de los ramos de la educación ó de la industria.

## **Sesgo liberal en la ley**

Esta característica de nuestra CN y la legislación argentina, de gran apertura a la inmigración, puede encontrarse en sus orígenes. Nos encontrábamos frente a la corriente liberal, lo que conocemos como el constitucionalismo clásico, en un contexto de baja densidad poblacional. En este sentido, el proyecto de Alberdi tenía como objetivo desarrollar políticas inmigratorias para poblar, estimular el comercio y la industria, acabar con el desierto y engrandecer, de este modo, al país (en lo que conocemos como el trípode liberal). La CN se configura como un contrato social abierto. Además de poder obtener la nacionalidad por naturalización, ya en calidad de extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que el ciudadano, dejando entrever el sesgo liberal de ciertas partes del texto constitucional, como el artículo 20 ya mencionado (criterio de igualdad), el preámbulo y el artículo 75 inc. 12.

## **LA PÉRDIDA DE NACIONALIDAD**

- NACIONALIDAD NATURAL: No puede perderse, por lo que ninguna ley puede establecer causales ni mecanismos de privación o pérdida de este tipo de nacionalidad, ya que esto sería inconstitucional.

- **NACIONALIDAD POR OPCIÓN:** Puede estar sujeta a pérdida, porque constitucionalmente no es igual a la nativa, ya que se obtiene voluntariamente. Su adquisición, al no surgir operativamente desde la constitución, no es irrevocable.
- **NACIONALIDAD POR NATURALIZACIÓN:** Puede estar sujeta a pérdida por causales razonablemente previstas en la ley. Puede estar sujeta a pérdida por causales razonablemente previstas en la ley.

### DECRETO 3.213/84 (ALFONSÍN)

Son casos que impedirán el otorgamiento de la ciudadanía por naturalización, los siguientes:

1. No tener ocupación o medios de subsistencia honestos.
2. Estar procesado en el país, o en el extranjero por delito previsto en la legislación penal argentina (...).
3. Haber sido condenado por delito doloso, ya fuere en el país o en el extranjero, a pena privativa de libertad mayor de tres (3) años, salvo que la misma hubiere sido cumplida y hubieren transcurrido cinco (5) años desde el vencimiento del término de la pena fijada en la condena, o hubiere mediado amnistía.

No podrá negarse la ciudadanía argentina por motivos fundados en razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales, en acciones privadas o en caracteres físicos de los solicitantes; sin perjuicio de ello, el Juzgado interviniente podrá denegar la solicitud cuando estuviere plenamente probado que el causante realizó (...):

- |  |                                       |
|--|---------------------------------------|
| - La negación de los derechos humanos    | - El empleo ilegal de la fuerza       |
| - La sustitución del sistema democrático | - La concentración personal del poder |

### APARTADO C: DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

#### DECLARACIONES

Manifestaciones políticas, económicas, sociales, culturales que configuran la Nación argentina como entidad social (art. 15 y 16), la forma de gobierno (art. 1, 5, 6 y 22), los recursos económicos y financieros de éste (art. 4), la relación con la iglesia católica (art. 2), el establecimiento de la Capital del Estado Federal, la importancia de la agricultura, la industria y las ciencias y las artes.

#### DERECHOS

Se identifican con las facultades de obrar, de no hacerlo y de exigir el proceder o la omisión del Estado y de terceros para lograr el disfrute de los derechos personales y sociales, reconocidos en la historia constitucional argentina. La declaración de derechos emanan de varias de las disposiciones de la primera parte como los arts. 14, 14 bis y 33. Sirven para el conflicto: cosustancial de la vida social. Juega el todo o la nada. Tengo o no tengo derechos.

#### GARANTÍAS

- Se conforman con una serie de instrumentos de protección de los derechos de las que derivan otras facultades personales o colectivas y se abren en varias direcciones.
- Se declaran las protecciones específicas que aseguran la libertad personal en sentido amplio. Dos garantías en sentido estricto: amparo y hábeas corpus.
- El segundo término, pueden inferirse en garantías institucionales, tales como las que conforman el estado de derecho. La división de poderes, la división federal entre gobierno central y provinciales.

## NORMAS CONSAGRATORIAS EN LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CN

**Artículo 14.-** Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Junto con el art. 19 constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado por la CN y son la expresión y consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona<sup>82</sup>. Declara y enumera los derechos fundamentales que el Estado reconoce a todos los habitantes del país. No son otorgados por el Estado y encuentran su fuente y razón de ser en la concepción de los derechos naturales e inalienables del ser humano.

Los derechos enumerados, los que de ellos derivan y los implícitos se reconocen en la República Argentina a todos los habitantes tanto a los nacionales como a los extranjeros que residen en el territorio con intención de permanecer en el país. Pero no pueden invocar los derechos los extranjeros que se han introducido clandestinamente en el territorio argentino.

### **¿QUIÉN REGLAMENTA LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?**

La ley reglamentaria a la cual hace mención el art. 14 es la emanada del Congreso Federal, disposición que es concordante con el hoy art. 75 inc, 12, en tanto la disposición atribuye al Poder Legislativo Nacional el dictar los Códigos de fondo o sustantivos. El art. 14 reconoce derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. De esa parte de la norma constitucional derivan dos principios según los cuales: a) no hay derechos absolutos en su ejercicio, y b) sólo la ley puede reglamentarlos.

### **DERECHOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO**

- **DERECHO DE TRABAJAR Y EJERCER TODA INDUSTRIA LÍCITA; DE NAVEGAR Y COMERCIAR**

Estos derechos constituyen el compendio de las libertades económicas. Estos derechos subjetivos fueron reglamentados en el art. 75 inc 18 (cláusula para el progreso). Una primera lectura de la disposición pareciera prohibir sólo la ilicitud en el trabajo, la industria, la navegación o el comercio. Pero tanto la primera parte del art 14, como la del art 75 inc 18 justifican la imposición de restricciones y aún prohibiciones más allá de la licitud de la actividad de que se trate. La CSJN dijo (1866) que el derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas podía limitarse por causa de utilidad general y para promover la prosperidad del país. Las reglamentaciones de los derechos económicos se basan en intereses generales.

- **DERECHO DE PROPIEDAD Y DERECHOS ADQUIRIDOS**

La propiedad ha sido considerada como una creación legal de entidad diferente a los restantes DDHH como derechos naturales de todas las personas. La Convención Americana de DH declara que "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes (...) ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"

- LIBERTAD DE CONTRATAR | RAÍZ CONSTITUCIONAL

No está expresamente consagrada en el artículo, pero deriva del derecho de trabajar, comerciar, ejercer industria lícita, de disponer de la propiedad y aun de enseñar, porque para el ejercicio de ellos se suele requerir celebrar contratos.

- DERECHO DE PETICIONAR A LAS AUTORIDADES

Incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del Estado, los denominados órganos extrapoderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatario de servicios públicos. No implica el derecho a obtener lo peticionado pero sí a una respuesta. Un ejemplo claro son las audiencias públicas, que son un modo eficaz para lograrlo. El derecho a peticionar a las autoridades encuentra su límite en el art. 22 de la CN que impide autotitularse representante del pueblo para requerir acciones de los poderes públicos.

- GESTIÓN DE INTERESES (REGLAMENTACIÓN DEL LOBBY)

Los grupos de interés suelen usar la cercanía con el poder estatal que les proporciona su propia actividad para peticionar la satisfacción de las demandas que convienen al sector que integran. Cuando estas se expresan por los carriles institucionales, de modo público y sin presiones indebidas, constituyen el ejercicio legítimo del derecho de peticionar.

- DE ENTRAR, PERMANECER, TRANSITAR Y SALIR DEL TERRITORIO ARGENTINO (LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN)

Implica la facultad de fijar domicilio personal o comercial donde se quiera, trasladarse y circular libremente por el país en los ámbitos públicos (no faculta violar leyes que protegen a propiedad privada). Su reglamentación es susceptible de un control de razonabilidad (balance la de importancia del interés social protegido frente al derecho restringido).

- TASAS Y PEAJES

Las tasas por servicios de aeropuertos o puertos no son inconstitucionales siempre y que no tengan por objeto impedir o dificultar la salida del país, ni los peajes aplicados a la construcción de rutas y caminos y su conservación, siempre que existan vías alternativas de acceso y tránsito gratuitas.

- LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Constituye, en principio, uno de los derechos sustantivos, naturales e inalienables de la persona. Es uno más entre los derechos personales merecedores de protección constitucional. Fortalece la libertad y la dignidad personal.

La libertad de expresión incluye:

### → **Derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa**

La libertad favorece el descubrimiento de la verdad en cualquier ámbito y materia, mediante la práctica de libre debate, el cual es un medio para alcanzar la verdad. Implica la más amplia libertad de opinión, presupone la idea efectiva de oír todas las argumentaciones con la misma amplitud, en un libre mercado de ideas donde todas circulen con idénticas oportunidades de confirmarse o refutarse. La libertad de expresión en las repúblicas democráticas se sustenta en la necesidad de facilitar el debate sobre cuestiones de interés público y sobre las opiniones políticas y partidarias que se presentan al ciudadano a fin de que éste critique, enmiende, elija entre opciones o cree otras nuevas y al hacerlo, fortalezca y perfeccione al sistema.

### → **Libertad informativa**

Incluye el derecho de información y el libre acceso a las fuentes de aquellas, a buscar, a transmitir, y difundir noticias de fuente propia o ajena; a preservar la fuente informativa de la interferencia estatal, guardando silencio, sin transmitir parte de la noticia, lo cual en ocasiones consiste en no indicar quién la genera.

### → **Derecho de ratificación o respuesta**

El derecho de ratificación o respuesta fue reconocido por la Convención Americana de DDHH, en el art. 14, a toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio. (Caso Sofovich c/Ekmekdjian)

### → **Libertad de prensa por internet**

La jurisprudencia argentina ha sostenido que los discursos emitidos por internet están alcanzados por la protección que depara la libertad de expresión. La emisión de ideas y opiniones a través de Internet es libre porque, al igual que si se las emitiera por cualquier otro medio de comunicación, no corresponde al Estado decidir acerca de cuáles de aquellas ideas o criterios son aceptables.

### → **Derecho a proteger las fuentes de información periodística**

Si el secreto de las fuentes de información periodística y el bloqueo de las interferencias posibles sobre esas fuentes resultan funcionales a la libertad informativa, y ésta es condición necesaria de la existencia de la república democrática, el alcance y eventuales límites de la reserva de las fuentes periodísticas debe medirse y garantizarse en función de la conservación del sistema democrático. En otras palabras, puede sostenerse que la reserva de las fuentes de información periodística no constituye un derecho absoluto en su ejercicio, y admite razonables limitaciones establecidas por ley o, caso por caso, en controversias judiciales.<sup>6</sup>

### → **Colegiación obligatoria de los periodistas**

Dado que la libertad de publicar ideas por la prensa sin censura previa (conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio) se reconoce en la RA todos los habitantes de la Nación, resulta una cuestión problemática la eventual normativa que impusiera, para el ejercicio profesional de la actividad periodística, la colegiación obligatoria de esos profesionales y, eventualmente, requisitos muy severos de admisión a esos colegios.

### ● **DERECHO DE ASOCIACIÓN**

---

<sup>6</sup> El tercer párrafo del art 43 (habeas data). La frase final del párrafo dedicado al habeas data textualmente dice: "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística"

La Constitución histórica protegió el derecho de asociación con fines útiles. La interpretación de la frase ha identificado los fines útiles con los fines lícitos dando así una mayor amplitud al derecho. La libertad asociativa incluye el derecho de asociarse, de elegir las personas con quienes quiero hacerlo, de establecer las condiciones y tipo de asociación, de elegir los fines asociativos, de ingresar en asociaciones ya constituidas, de no asociarse. Además, como un derecho de las personas que constituyen la asociación y de la asociación misma, el derecho al reconocimiento de la persona jurídica, es decir, a que sean aceptados los efectos de la asociación y a que las acciones de esta, como sujeto diferente de los miembros que la integran, sean jurídicamente relevantes.

Sin embargo, se admite limitaciones a ese derecho previstas en la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás

- **LIBERTAD DE PROFESAR LIBREMENTE SU CULTO**

Reconoce el derecho de profesar libremente el culto a que se pertenece. En su aspecto positivo, el derecho de realizar todos los actos externos de reverencia, homenaje, veneración y participación; y en su aspecto negativo, el derecho a no ser obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa no genere algún efecto jurídico discriminatorio (relacionado con la libertad de conciencia)

- **DERECHO DE ENSEÑAR Y APRENDER**

Obligaciones estatales y niveles de enseñanza: El valor de la educación como derecho fundamental estuvo presente en la redacción de la CN de 1853 como un derecho personal y como instrumento de formación ciudadana del que el Estado debía hacerse cargo (considerar artículo 5 de la CN, por ejemplo).

Dentro del derecho a enseñar y aprender encontramos:

→ **Principio de gratuidad y equidad de la educación pública estatal**

**ARTÍCULO 79.19**

“... Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.” -

→ **Derecho a una educación bilingüe e intercultural**

La ley Federal de Educación dispuso que los lineamientos de la política educativa fijada por el Estado Nacional debía respetar, entre los derechos, principios y criterios establecidos, el de los aborígenes a preservar sus pautas culturales y el aprendizaje y enseñanza de su lengua, dando lugar a la participación de sus mayores en el proceso de enseñanza. Se reconoció este derecho en virtud del art. 75 inciso 17.

**ARTÍCULO 79.17**

“...Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la

entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

## OTROS DERECHOS QUE INCLUYE

- DERECHO A LA ENSEÑANZA RELIGIOSA
- DERECHOS A LOS INSTITUTOS PRIVADOS
- DERECHO A ENSEÑAR Y APRENDER APTITUDES PERSONALES
- DERECHO A LA EDUCACIÓN Y CAMBIO EN LOS PLANES DE ESTUDIO

## CASO NYT vs SULLIVAN

### HECHOS

En el año 1960 un grupo de personas publicó una solicitada en el diario New York Times, haciendo referencia a la lucha de los estudiantes negros por su derecho a vivir dignamente, tal como lo garantizaba la Constitución estadounidense y el Bill of Rights. Se hizo mención de ciertos hechos que habrían acontecido generando una ola de terror en estos grupos sectarios.

La solicitada expresaba que en cierta ocasión, luego que los estudiantes cantaran un himno patriótico en la legislatura estatal, sus líderes fueron expulsados de la universidad y sufrieron una salvaje represión policial.

L. D. Sullivan, comisario de la ciudad de Montgomery, expresando agravio por dicha publicación, inició acción civil por injurias contra New York Times por sentirse involucrado en los eventos descriptos, ya que por su cargo supervisaba el departamento de policía que actuó en el hecho.

### CASO

En el caso, Sullivan no logró acreditar que los firmantes de la solicitada conocían la falsedad de las expresiones publicadas, o que habían actuado con culpa grave acerca de si las mismas eran o no verdaderas.

Respecto del diario, el demandante logró probar que el New York Times pudo haber detectado la inexactitud del aviso, chequeando sus propios archivos. Sin embargo, el periódico alegó haber confiado en la buena reputación de los firmantes de la solicitada y que el hecho de no haberse preocupado por realizar un control más profundo, se debió a que el aviso en cuestión, no contenía ningún ataque de carácter personal, por tal motivo, si bien existió cierta negligencia por parte del periódico, no se había probado la malicia que se exigía.

Hay que destacar que lo solicitado no se refería ni indirectamente al Sr. Sullivan, y se le había dado la oportunidad de demostrar que no había estado involucrado en los eventos descriptos. En efecto, tres de los cuatro arrestos e incluso el bombardeo que sufrió en su casa el Dr. King, habían ocurrido con anterioridad a que el Sr. Sullivan sea nombrado comisario.

### FALLO

El tribunal de primera instancia hizo lugar a la pretensión de Sullivan y le otorgó la indemnización reclamada. Dicha medida fue confirmada por la Corte Suprema de Alabama. La corte Suprema de los Estados Unidos

revocó la sentencia en base a que si bien, no fueron acreditados todos los episodios descriptos en la solicitada, el debate sobre la cosa pública debía ser abierto y sin inhibiciones de acuerdo a los principios emanados de la forma republicana de gobierno.

Así fundamentó que la protección constitucional de la libertad de prensa no se perdía por la falsedad o el contenido injurioso de la publicación, ya que de lo contrario se estaría dando lugar a la autocensura. Por tal motivo, ante la publicación de datos ofensivos para un funcionario público, la responsabilidad del medio periodístico quedaba condicionada a que el afectado acreditara la malicia, que la noticia había sido publicada con conocimiento de que era falsa o con notoria despreocupación acerca de su veracidad, es decir que la prueba estaba a cargo del demandante.

### IMPORTANCIA

Este fallo deja como precedente la elaboración de la doctrina de la real malicia, que implica que un funcionario público, agraviado por una noticia falsa, no pueda obtener indemnizaciones por injurias, a menos que pruebe que el medio de prensa conocía la inexactitud de la publicación o que no se molestó en averiguarlo.

### CASO CAMPILAY vs LA RAZÓN

#### HECHOS

1986. La pretensión resarcitoria obedeció a la circunstancia de la publicación de una nota periodística en los matutinos La Razón, Crónica y Diario Popular, donde se involucró a una persona erróneamente con un acontecimiento de índole policíaco. Consistía en la perpetración de diversos delitos de los que resultó sobreseído definitivamente en sede penal.

#### CASO

Los jueces de primera y segunda instancia hicieron lugar a la acción interpuesta y condenaron a los demandados al pago de una indemnización en concepto de daño moral. Contra tal pronunciamiento, dos de los demandados interpusieron recurso extraordinario cuya denegación motivó la presentación en queja ante la Corte Suprema. Entendieron que la libertad de prensa hace a la esencia de un régimen democrático. Abarca “la libertad de buscar, recibir y difundir información 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”, en terminología del artículo 13, inciso 1), de la Convención Americana de Derechos Humanos. Los recurrentes alegaron que se limitaron a transcribir un comunicado policial, y sostuvieron que exigir la verificación de los hechos a publicar, cuando estos provienen de una fuente seria constituye una indebida restricción a la libertad de prensa.

#### FALLO CSJN

La Corte decidió desestimar los agravios de los demandados y resolvió confirmar la sentencia de Cámara, fundamentando que, la libertad de expresión comprensiva del derecho de información, no es absoluta y por lo tanto no puede ejercerse en detrimento de otros derechos constitucionales como el honor y la reputación de las personas, según Arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional.

En la redacción de notas periodísticas que puedan lesionar el honor de una persona, el diario se puede eximir de responsabilidad cuando se atribuya el contenido de la nota a la fuente pertinente, se utilice un tiempo verbal potencial o se deje en reserva la identidad de los implicados en la publicación; en el caso los medios periodísticos no aplicaron ninguna de estas tres reglas, por lo tanto obraron imprudentemente. Además, que los

diarios se hayan limitado a transcribir un comunicado policial no los excusa, ya que sin mencionar de dónde provenía la información calificaron a Campillay de delincuente, antes de que sea juzgado.

No obstante gozar de tan amplia protección, el ejercicio del derecho de informar no puede otorgar indemnidad o una licencia para irrogar daño. Los medios de prensa deben desenvolverse en la más absoluta libertad sin que ello denote una absoluta impunidad. Para evitar que opere el derecho de daños, se enunciaron tres criterios alternativos, cuyo uso se ha tornado frecuente en la jurisprudencia nacional (comportamientos contrarios denotan un ejercicio imprudente del derecho a informar):

1. Propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente.
2. Empleo del tiempo verbal potencial.
3. Dejar asentada la reserva de la identidad de los implicados en el hecho ilícito.

Los medios de prensa se tornan objeto de tutela constitucional pero no disfrutan de impunidad. En otras palabras: “En el sistema argentino la prensa no goza de impunidad, sino de seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De ahí surge como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiera causado mediante abuso o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio”.

## **DOCTRINA CAMPILLAY**

El caso Campillay terminó por crear una regla de exclusión de responsabilidad de los medios de prensa, aún cuando por sus publicaciones de relevancia pública afectarán al honor de terceros. Un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito. La aplicación posterior de la doctrina “Campillay” mantuvo la exigencia de la mención de la fuente (excepto si el informador empleaba el tiempo de verbo potencial o silenciaba la identificación del implicado en la noticia) y la fidelidad a lo emanado. De este modo, la doctrina del Tribunal requiere la veracidad objetiva en la transcripción de la fuente aunque la noticia en sí misma, fuese falsa o total o parcialmente errónea.

## **CASO ALITT**

### **CASO**

La Asociación de Lucha por la Identidad Travesti Transexual de Argentina, obtuvo el reconocimiento de su personería jurídica por parte de la Justicia. De esta manera, el alto tribunal dejó sin efecto una resolución de la Cámara Civil porteña que había denegado ese derecho a la entidad, al igual que la Inspección General de Justicia. La Corte Suprema de Justicia reconoció la personería jurídica a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT), según informaron ayer fuentes de Tribunales. El alto tribunal dejó sin efecto una resolución de la Cámara Civil porteña que había denegado ese derecho a la entidad, al igual que la Inspección General de Justicia (IGJ), según informaron fuentes judiciales.

### **FALLO**

Los voceros explicaron que el alto tribunal rechazó el argumento de la Cámara acerca de que el objeto social de la asociación es "contrario al bien común". En ese sentido, la Corte hizo lugar a los planteos de la entidad, que

había considerado que los fundamentos de la resolución anterior fueron "arbitrarios" y que todas las asociaciones a las cuales la IGJ les otorgó personería tienden a la satisfacción de intereses personales. El fin de ALITT era luchar para que el Estado y la sociedad no discriminen el travestismo como una identidad propia, asegurarle una mejor calidad de vida, implementar campañas exigiendo su derecho a la salud, educación, trabajo y vivienda y demás beneficios sociales, propiciar espacios de reflexión, campañas de divulgación y asesoramiento en materia de derechos sexuales y antidiscriminación.

### **CASO PARTIDO NUEVO TRIUNFO**

La Corte niega personería jurídica a un partido nazi. Esta agrupación proponía desbaratar "la red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy infecta a la Argentina". El Máximo Tribunal dijo que promueve prácticas discriminatorias prohibidas por ley.

### **CASO SAN ANTONIO vs RODRÍGUEZ**

Fue un caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que el sistema de financiamiento del Distrito Escolar Independiente de San Antonio, basado en los impuestos locales sobre la propiedad, no era una violación inconstitucional de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda.

La opinión de la mayoría, al revocar el Tribunal de Distrito, declaró que los apelados no demostraron suficientemente que la educación es un derecho fundamental textualmente existido dentro de la Constitución de los Estados Unidos y podría así (a través de la Decimocuarta Enmienda) aplicarse a los diversos Estados. También encontró que el sistema de financiación no estaba sujeto a un escrutinio estricto.

### **ARTÍCULOS 17**

#### **ARTÍCULO 17**

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

El artículo 17 de la CN enuncia una serie de garantías del derecho de usar y disponer de la propiedad. El mismo comienza formulando una declaración de inviolabilidad de la propiedad, establece el principio de legalidad en materia tributaria y acerca de la restricción de derechos propietarios (con varias aplicaciones), atribuye al Congreso la competencia para expropiar, bajo condición de dejar indemne al afectado; reconoce la existencia y protección de la propiedad intelectual y prohíbe al Fisco la incautación de bienes y a las fuerzas armadas las requisiciones o la imposición de servicios no voluntarios de algunas especie.

El artículo establece, además, garantías determinadas de la propiedad, a fin de evitar que el Estado se apropie de los bienes de las personas. A tal fin, aplica el principio de genérico de legalidad a situaciones específicas, consagrando el derecho a no ser privado de la propiedad si no es por causa de:

- Sentencia fundada en ley
- Expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley<sup>87</sup>.

El Estado no puede reglamentar el uso y disposición de la propiedad de modo que, en los hechos, resulte una privación de ella ni siquiera en razón de emergencias económicas y sociales. Si lo hace, procede la expropiación y la indemnización respectiva.

### **Propiedad**

Todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan valor reconocido.

## **ARTÍCULO 18**

### **ARTÍCULO 18**

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

El artículo 18 de la CN constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder y más allá de los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva. La norma contiene una serie de garantías procesales e impone límites precisos a la actividad represiva del Estado y a los instrumentos para hacerla efectiva.

Las garantías procesales se inician con el derecho a la jurisdicción, es decir, con el derecho a peticionar ante tribunales judiciales la emisión de una sentencia justa y eventualmente absolutoria.

Respecto a la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados y de la correspondencia epistolar, constituyen una garantía expresa cuyo allanamiento requiere una ley que determine en qué casos y con qué justificativos procederá aquél. Por último, es importante mencionar que todos tenemos el derecho de disponer de un abogado

defensor. Este derecho no surge de modo expreso del texto ya que este deriva de la defensa en juicio, que implica la existencia de formas sustanciales en el proceso penal: acusación, defensa, prueba y sentencia.

## ARTÍCULO 20

### **ARTÍCULO 20**

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

El art. 20 configura, junto con el art. 25 y el Preámbulo de la Constitución Nacional, el entramado normativo que acoge la idea de contrato social abierto. En efecto, a la igualdad implícita que surge de la enunciación de derechos reconocidos a los habitantes en el art. 14, sin distinguir entre nativos y extranjeros, se une la invitación del Preámbulo que contiene un proyecto público de bienestar general con el aporte de la inmigración, favorecida expresamente.

La importancia de la norma radica en que establece un criterio de igualdad material, el de la nacionalidad. Ello impide, en principio, utilizar la pauta de la nacionalidad para diferenciar en categorías legales o administrativas. Por otro lado, la declaración de igualdad contenida en el primer párrafo del art. 20 y la enunciación de derechos no taxativa que formula esa norma, refuerza la protección a los extranjeros, lo que no impide, desde luego, el control del ingreso legal al país y el reconocimiento de esos derechos sólo a quienes han entrado legalmente. Sin embargo, también incluye el artículo el derecho a la defensa y a las garantías procesales de los extranjeros ilegales.

## ARTÍCULO 33. LOS DERECHOS "NO ENUMERADOS"

### **ARTÍCULO 33**

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 artículo 33 fue agregado por la reforma de 1860 y tiene su fuente en la enmienda IX de la Constitución de EE.UU. En el texto de dicho artículo se indicaron como sustento de los derechos implícitos, el principio de soberanía popular y la forma republicana de gobierno y además estos mismos están enderezados a ampliar los horizontes de la participación popular.

El problema de estos derechos implícitos, al no estar especificados, es que deja un amplio margen a la discrecionalidad de los magistrados para darles alcance, y eventualmente para controlar la legislación emanada del Congreso o de los estados locales que lo afectará. Son 5 los derechos implícitos en la Argentina:

- Derecho a la vida
- Derecho a la salud
- Derecho a la dignidad humana
- Derecho a casarse y formar una familia
- Derecho a la verdad
- Derecho de reunión

### **CASO GRISWOLD vs ESTADO DE CONNECTICUT**

1965, Estados Unidos. Un médico y un director de la institución Planned Parenthood League of Connecticut fueron multados por violar un estatuto del Estado de Connecticut que prohibía el uso o suministro de anticonceptivos. La mujer a la que le suministraron el anticonceptivo corría riesgo si se embarazaba. La policía invade la propiedad privada de la pareja y secuestra los anticonceptivos. En respuesta a ello, los multados alegan que el estatuto viola el debido proceso de ley de la decimocuarta enmienda, ya que va en contra de su derecho a la intimidad.

### **CASO**

El caso involucraba una "ley Comstock" de Connecticut que prohibía a cualquier persona usar "cualquier droga, artículo medicinal o instrumento con el fin de prevenir la concepción". El tribunal sostuvo que el estatuto era inconstitucional y que "el efecto claro de la ley de Connecticut es negar a los ciudadanos desfavorecidos el acceso a la asistencia médica y la información actualizada con respecto a los métodos apropiados para controlar el nacimiento.

### **FALLO**

Por una votación de 7 a 2, el Tribunal Supremo invalidó la ley alegando que violaba el "derecho a la privacidad conyugal", estableciendo las bases para el derecho a la privacidad con respecto a las prácticas íntimas. Este y otros casos ven el derecho a la privacidad como un derecho a "protección de la intrusión gubernamental".

Aunque la Declaración de Derechos no menciona explícitamente la "privacidad", el juez William O. Douglas escribió para la mayoría que el derecho se encontraba en las "penumbras" y "emanaciones" de otras protecciones constitucionales, como la cláusula de autoincriminación de la Quinta Enmienda. Douglas escribió: "¿Permitiríamos a la policía buscar en los recintos sagrados de las habitaciones conyugales signos reveladores del uso de anticonceptivos? La idea misma es repulsiva para las nociones de privacidad que rodean la relación matrimonial". El juez Arthur Goldberg escribió una opinión concurrente en la que usó la Novena Enmienda para apoyar el fallo de la Corte Suprema. El juez Byron White y el juez John Marshall Harlan II escribieron opiniones concurrentes en las que argumentaron que la privacidad está protegida por la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Así, la Corte termina resolviendo que no existe el derecho de propiedad privada por sí mismo, pero que inductivamente se reconoce. Termina declarando inconstitucional la ley de Connecticut.

### **OPINIÓN DE GELLI**

Examinando la cuestión y el problema interpretativo del alcance de los derechos no expresos, el juez Goldberg y los ministros que concurrieron con él en "Griswold", sostuvieron que al determinar qué derechos son fundamentales, los jueces no tienen discreción para decidir casos a la luz de sus concepciones privadas y personales. Por el contrario ellos deben mirar las "tradiciones y conciencia de nuestro pueblo" para determinar en qué medida un principio está "tan enraizado para ser calificado de fundamental". En consecuencia, de este

voto se infiere que el reaseguro contra la posible extralimitación de los magistrados es de orden sociológico, emana de la posibilidad real que tengan los jueces de descubrir cuáles son las tradiciones y convicciones del pueblo, tan profundas éstas que merezcan ser estimadas por los magistrados de fundamentales.

## LOS DERECHOS SOCIALES (ART. 14 BIS)

### **ARTÍCULO 14 BIS**

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.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Proviene de la reforma constitucional de 1957 convocada por un gobierno de facto, con clara ilegitimidad de origen (y se basa en la reforma derogada de 1949). Así, este artículo introduce el constitucionalismo social a la CN formal, que se adiciona al liberalismo personalista de la CN histórica de 1853. El artículo contiene tres tipos de derechos:

#### ● **PRIMER PÁRRAFO | DERECHOS PERSONALES DEL TRABAJADOR**

Garantiza ciertos derechos esenciales para los trabajadores en relación de dependencia, a saber:

- |   |   |
|---|---|
| → Condiciones dignas y equitativas de labor   | → Igual remuneración por igual tarea      |
| → Jornada limitada  | → Protección contra el despido arbitrario |
| → Descanso y vacaciones pagadas   | → Estabilidad del empleado público        |
| → Retribución justa   |   |
| → Salario mínimo, vital y móvil   |   |
| → Organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial |   |
| → Participación en la ganancia de las empresas, control de producción y colaboración en la dirección      |   |

#### ● **SEGUNDO PÁRRAFO | DERECHOS COLECTIVOS DEL TRABAJO**

Regula los derechos colectivos de los trabajadores, que son propios de las asociaciones gremiales. Estos son:

- Concertar convenios colectivos de trabajo
- Derecho a la conciliación y al arbitraje
- Derecho de huelga
- **TERCER PÁRRAFO | DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL**

Otorga los derechos de la seguridad social atribuidos a la persona humana, sean trabajadores en relación de dependencia o no, y a la familia, señalada como entidad social a proteger. Entre ellos encontramos:

- Seguro social obligatorio, a cargo de entidades nacionales/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.

### LOS NUEVOS DERECHOS INCORPORADOS EN LA REFORMA DE 1994

Los derechos del artículo 41 y del artículo 42 han solidado incardinarse doctrinaria y cronológicamente en los que se llaman de la tercera generación, porque son los de aparición más reciente, a continuación de los civiles, políticos y sociales. Muestran algunos rasgos importantes y novedosos. Entre ellos destacamos:

- A más de la titularidad personal e individual, alojan una dimensión colectiva y transindividual que los afilia a la categoría de los intereses difusos, o de los derechos de incidencia colectiva mencionados por el artículo 43. Además,
- Exhiben una intersección entre el derecho público y el derecho privado
- Se relacionan con muchísimos otros derechos, como el derecho a la seguridad; a la calidad de vida; a la igualdad de oportunidades y de trato; a la educación; a la información; a la libertad de expresión; a comerciar y ejercer industria; a la propiedad; a la tutela judicial eficaz; a asociarse; a participar; a la salud; a la vida; al desarrollo; a no sufrir daño; a la reparación del daño; a la integridad; a la libertad de contratar; a reunirse; al tráfico negocial leal, etc.
- El ensamble con derechos que están declarados en la constitución, con derechos implícitos, y con derechos por analogado. No es ocioso reiterar que todo viene atravesado por un eje fuerte de constitucionalismo social, y por el contenido del sistema axiológico de la constitución.

### DERECHOS POLÍTICOS - ARTÍCULO 37

#### **ARTÍCULO 37**

Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

## Derechos Políticos

Cuando valoramos a la democracia como una forma de estado, los derechos políticos, los partidos y el régimen electoral encuentran su ámbito. Y aún más: en nuestras valoraciones actuales, son un ingrediente constitutivo del sistema democrático, porque definido éste en torno de los derechos humanos, no cabe duda de que los derechos políticos (y sus contenidos conexos, que son los partidos y el régimen electoral) integran hoy el plexo de aquellos derechos, al lado de los derechos civiles y de los derechos sociales.

Los derechos políticos son tales cuando, únicamente:

- c. se titularizan en sujetos que tienen:
  - calidad de ciudadanos —o siendo extranjeros, reciben excepcionalmente esa titularidad en virtud de norma expresa
  - calidad de entidades políticas reconocidas como tales —por ej.: los partidos
- d. no tienen ni pueden tener otra finalidad que la política.

De este modo, el área de los derechos políticos se estrecha, pero adquiere una caracterización bien concisa, que traza la línea divisoria frente a los derechos civiles.

La norma contiene una garantía basado en el principio de la soberanía popular, las notas que caracterizan al sufragio en el sistema argentino y una aplicación concreta del principio de igualdad material entre varones y mujeres, en materia electoral.

Entre los derechos políticos garantizados se incluye, en primer lugar, el sufragio, activo y pasivo: el derecho a consumir partidos políticos o formar parte de ellos; el derecho de reunión y manifestación.

## Sufragio

Dentro de los derechos políticos, se encuentran los derechos electorales. En nuestro país es un derecho-deber desde los 18 a los 70 años de edad, mientras que es sólo un derecho, no deber, entre los 16 y los 18 y desde los 70 en adelante

Permite la participación del ciudadano en la designación de los representantes del pueblo, de algunos funcionarios públicos o la aprobación/rechazo de ciertos actos de gobierno.

Además, se establece que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. Esto significa:

- **UNIVERSAL:** Todo ciudadano mayor de 18 (16) años tiene derecho a voto sin distinción o discriminación alguna. Se diferencia del voto calificado o restringido, donde sólo puede votar quien tiene cierta calificación (como por ejemplo, cierto nivel educativo alcanzado o propiedades)
- **IGUAL:** Principio pluralista de 1 ciudadano = 1 voto
- **SECRETO:** Se busca garantizar a cada ciudadano la posibilidad de votar por quien desee en el cuarto oscuro sin presiones que puede generar el voto público, garantizando la libertad de elección.
- **OBLIGATORIO:** En Argentina es un derecho-deber entre los 18 y 70 años. Igual hay que considerar que sí es facultativo (es decir, es derecho y no deber) para personas de 16/16 o mayores de 70 años.

Cabe considerar que en Argentina el voto es, además, DIRECTO. Es decir, elegimos directamente a nuestros representantes. Sin embargo, hemos tenido voto indirecto durante la década de 1880 con el Colegio Electoral (elegíamos a los representantes del mismo, y ellos eran quienes votaban).

## EXCEPCIONES AL DEBER DE VOTAR

Todo elector tiene el deber de votar en la elección nacional en su distrito. Quedan exentos:

1. Jueces y sus auxiliares que deban asistir a sus oficinas y mantenerlas abiertas durante la elección
2. Los que el día de la elección se encuentren a más de 500 kilómetros del lugar donde deban votar y justifiquen que el alejamiento obedece a motivos razonables (deben presentarse el día de la elección a la autoridad policial más próxima, la que extenderá certificación escrita que acredite la comparecencia)
3. Enfermos o imposibilitados por fuerza mayor, suficientemente comprobada, que les impida asistir al acto. Estas causales deberán ser justificadas en primer término por médicos del servicio de sanidad nacional; en su defecto por médicos oficiales, provinciales o municipales, y en ausencia de éstos por médicos particulares
4. El personal de organismos de servicios públicos que realicen tareas que le impidan asistir al comicio. En ese caso el empleador o su representante legal comunicarán al Ministerio del Interior y Transporte la nómina respectiva con diez (10) días de anticipación a la fecha de la elección, expidiendo además la certificación correspondiente.

## Igualdad de Oportunidades

Obligación de generar acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral para este fin

Se intenta avanzar en ello a través de la **Ley de Cupo Femenino** (24012), en cuya disposición transitoria plantea que las listas de postulantes que se presenten para elecciones nacionales “deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas”

En Noviembre de 2017 se sancionó la **Ley de Paridad de Género** en Ámbitos de Representación Política (Ley 27.412). La misma modifica el Artículo 60 bis del Código Electoral estableciendo como requisito para la oficialización de listas de Senadores/as y Diputados/as nacionales, como Parlamentarios/as del Mercosur, la obligatoriedad de ubicar de manera intercalada mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a hasta el/la último/a candidato/a suplente.

A su vez, determina que en los casos de muerte, separación, renuncia, inhabilidad o incapacidad las sustituciones deberán ser por personas del mismo sexo según el orden de titularidad correspondiente. Paralelamente, en el Artículo 7 se determina que el acceso a cargos partidarios debe estar contemplado en la carta orgánica del Partido Político. En caso de incumplimiento en alguno de los artículos de la Ley, la sanción es la caducidad del Partido Político.

Esta Ley representa un gran avance en materia de derechos adquiridos para las mujeres dentro del ámbito de la vida política, ya que materializa la lucha por la igualdad que se viene llevando a cabo hace muchos años en nuestro país. La igualdad de género, concebida como un derecho humano, tiene que ser promovida y garantizada a fin de construir una sociedad más justa e igualitaria.

## ARTÍCULO 41 Y ARTÍCULO 42

Los derechos del artículo 41 y del artículo 42 han solido incardinarse doctrinaria y cronológicamente en los que se llaman de la tercera generación, porque son los de aparición más reciente, a continuación de los civiles, políticos y sociales. Muestran algunos rasgos importantes y novedosos. Entre ellos destacamos:

- A más de la titularidad personal e individual, alojan una dimensión colectiva y transindividual que los afilia a la categoría de los intereses difusos, o de los derechos de incidencia colectiva mencionados por el artículo 43. Además,
- Exhiben una intersección entre el derecho público y el derecho privado
- Se relacionan con muchísimos otros derechos, como el derecho a la seguridad; a la calidad de vida; a la igualdad de oportunidades y de trato; a la educación; a la información; a la libertad de expresión; a comerciar y ejercer industria; a la propiedad; a la tutela judicial eficaz; a asociarse; a participar; a la salud; a la vida; al desarrollo; a no sufrir daño; a la reparación del daño; a la integridad; a la libertad de contratar; a reunirse; al tráfico negocial leal, etc.
- El ensamble con derechos que están declarados en la constitución, con derechos implícitos, y con derechos por analogado. No es ocioso reiterar que todo viene atravesado por un eje fuerte de constitucionalismo social, y por el contenido del sistema axiológico de la constitución.

## ARTÍCULO 41

### **ARTÍCULO 41**

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Del peligro del saqueamiento de la naturaleza (por parte de quienes anteponen el interés de lucro por sobre toda otra consideración ambientalista) puede derivarse otro modo de dominación, al propiciarse un tipo de resguardo ambiental en lucha con la innovación tecnológica, que acrecienta el desempleo y estructura y favorece, se lo busque expresamente o no, una ideología de sometimiento de las sociedades pobres. El dilema aquí fue claramente advertido en el seno de la Convención Constituyente de 1994. Allí se señaló la necesidad de armonizar la preservación del ambiente con los requerimientos de un desarrollo que provea fábricas y fuentes de trabajo a todo el país.

### **DEBER DE PRESERVACIÓN**

Se trata claramente de un deber jurídico (y jurídicamente exigible) de todos y de cada uno que, por la naturaleza de la cuestión involucrada en aquel derecho y en este deber, nos convierte a todos en una especie de agentes

públicos en el cuidado ambiental. Ahora bien, las obligaciones pesan también sobre el Estado. El artículo involucra a las "autoridades", con una cobertura amplísima que abarca desde los titulares de los tres departamentos del gobierno federal y de los gobiernos provinciales y municipales (y a todos los jueces, seguramente también a los que no son ni sean más que órganos de tribunales administrativos, como los de faltas), y, descendiendo, a todos los organismos y reparticiones estatales, más los órganos extra-poderes.

Cuando la norma dice que estas "autoridades" proveerán a la protección de "este derecho" al ambiente sano, apunta no sólo a una obligación de omisión para no dañarlo, sino a prestaciones positivas para lograr todo cuanto hace falta en orden a preservarlo, a evitar que otros lo alteren o destruyan, a recomponerlo, etc., y para exigir de los particulares cada deber concreto en cada circunstancia en la que el ambiente quede comprometido o perturbado.

## ARTÍCULO 42

### **ARTÍCULO 42**

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El artículo traza alguna dirección al sistema económico, que no puede desconectarse de todo el techo principista valorativo, en especial con sus reiteradas apelaciones al sistema democrático, lo que incluye aspectos como vigilar al mercado, frenar abusos en las prácticas comerciales, y tutelar derechos. Se intenta proteger como interés jurídico relevante todo lo que tiene relación con las necesidades primarias y fundamentales que el consumo, los bienes y los servicios deben satisfacer en favor de las personas. En este sentido, el artículo menciona tres grupos de derechos

#### **1. DERECHOS DE USUARIOS Y CONSUMIDORES EN LA RELACIÓN DE CONSUMO Y USO**

- Derecho a la protección de su salud (que incluye el derecho a la vida y a la integridad)
- Derecho a protección de la seguridad (personal, si está en riesgo por naturaleza y calidad de bienes y servicios)
- Derecho a la protección de sus intereses económicos (conforme a sus recursos de igual índole)
- Derecho a información veraz y adecuada de quienes proveen los bienes en el mercado
- Derecho a la libertad de elección (en la misma relación)
- Derecho a condiciones de trato equitativo y digno (en la misma relación)

#### **2. DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO POR PARTE DEL ESTADO**

Al igual que en el art. 41 en materia de derecho ambiental, aquí se dice que "las autoridades proveerán a la protección de esos derechos" (los enunciados en el párrafo antecedente), para enseguida extender idéntica obligación de proveer a:

- La educación para el consumo
- La defensa de la competencia del mercado
- El control de los monopolios
- El control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos
- La formación y participación de asociaciones de consumidores y usuarios

### 3. TERCER PÁRRAFO | REGLAMENTACIÓN

El último párrafo remite a la legislación para que establezcan procedimientos eficaces en orden a prevenir y solucionar conflictos en la triple relación de "consumidores y usuarios-prestadores de bienes y servicios-Estado". La ley ha de discernir también los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia "nacional" y, tanto para esto como para la prevención y arreglo de conflictos, debe prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas. Añade, en alusión a esta participación: "en los organismos de control".

## UNIDAD 11: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN TIEMPO DE NORMALIDAD Y EN EMERGENCIA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### APARTADO A

#### LOS LÍMITES PERMANENTES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

##### **ARTÍCULO 28**

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

El artículo 28 debe leerse en paralelo con la primera frase del artículo 14 de la CN (escrita antes de la declaración de derechos) en tanto establece que todos ellos se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Indica que todos los poderes del Estado y sus funcionarios están ligados, obligados por el principio de limitación. Así, el Poder Legislativo, cuando dicta normas generales; el Poder Ejecutivo cuando las reglamenta y aplica, en la interpretación no arbitraria de aquéllas; y el Poder Judicial cuando resuelve conflictos en los casos concretos, dictando normas particulares y derivadas de las generales; todos ellos se encuentran compelidos a no alterar las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución,

## PERO ¿CUÁL ES EL LÍMITE DE LA REGLAMENTACIÓN?

Los límites siguen dos principios:

### → PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Nuestra constitución lo formula expresamente en la parte del artículo 19, donde consigna que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Como todo el orden jurídico se basa en la constitución, que está por encima de la ley, la primera "ley" a tomar en cuenta es la constitución.

La finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor previsibilidad.

El principio de legalidad es, realmente, esencialmente formalista en cuanto exige la "forma" normativa de la ley para mandar o prohibir. Pero nos preguntamos ¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o lo impedido sea constitucional? No basta la formalidad de la ley: es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. Hay que dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o el principio de razonabilidad.

### → PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

RAZONABLE ≠ RACIONAL
----------------------

La razonabilidad tiene que ver con el sentido común; permite descubrir sobre una potencial arbitrariedad. No es lo mismo que la racionalidad, porque lo racional tiene que ver con lo lógico, pautas formales, aritmética. El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares. Fundamentalmente, la razonabilidad exige que el "medio" escogido para alcanzar un "fin" válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin: o que haya "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder.

Los derechos que la CN reconoce son relativos: gozan y ejercen conforme a las leyes que los reglamentan, lo cual significa que pueden ser limitados o restringidos, a condición de que la limitación o restricción resulte razonable.

El principio de razonabilidad, por tiempo limitado guía las acciones afirmativas.

Así, podemos decir que los límites son de dos tipos:

### → LÍMITES PERMANENTES

Aquellos que se desprenden del principio de la legalidad y de la razonabilidad (opuesto de la arbitrariedad). Las restricciones las encontramos en la ley. Estos son:

- PODER DE POLICÍA

Hay dos conceptos de este poder, a saber:

## ■ Amplio | Ejercido por el Estado federal

Las materias que entran además de razones de seguridad, moralidad y orden público, están los económicos, bienestar general y las de prosperidad, que hacen al confort, la salud y la educación. Si llamamos “poder de policía” a todo cuanto le incumbe al Estado para limitar razonablemente los derechos, estamos apuntando al poder liso y llano como elemento del Estado 89. El poder de policía ha sido definido por la CSJN como la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, la que para reconocer validez constitucional debe reconocer un principio de razonabilidad que disipe toda iniquidad y que relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos.

## ■ Restringido | Ejercido por las provincias

Demarcar la porción del poder estatal que tiene por objeto bien determinado y específico, el de proteger la salubridad, la moralidad y la seguridad pública. Cada acto de autoridad concreto que se cumple con aquel fin. Sin embargo, cada vez que en el orden federal y con relación al bien común de toda la población, la competencia de policía es federal.

### ● TRATADOS INTERNACIONALES DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

Los tratados internacionales de jerarquía constitucional sostienen que la pauta genérica consiste en que esas limitaciones deben adecuarse al estilo de una sociedad democrática.

### → LÍMITES EXCEPCIONALES

Les dan sustento las situaciones de emergencia (que son de excepción). Las limitaciones se vuelven más restrictivas e intensas pero hemos de añadir una pauta fundamental: a los derechos hay que interpretarlos siempre en forma amplia, a las normas que limitan los derechos hay que interpretarlas de manera restrictiva.

## LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

Poseen dos características básicas:

### ● ACRECENTAN CIERTAS COMPETENCIAS DEL PODER

Refuerzan las competencias de alguno o varios de los órganos. La CSJ deja establecido que la emergencia no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la constitución no le acuerda pero justifica con respecto a los poderes concedidos un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales.

### ● RESTRINGEN LIBERTADES, DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES

Los tratados internacionales prevén bajo el nombre de “suspensión” restricciones o limitaciones que pueden recaer en los derechos que ellos reconocen.

## LÍMITES EXCEPCIONALES AL EJERCICIO DE DERECHOS

Los derechos que la constitución reconoce no son absolutos sino relativos: se gozan y ejercen conforme a las leyes que los reglamentan, lo cual significa que pueden ser limitados o restringidos, a condición de que la limitación o restricción resulte razonable. La primera idea que se desprende de lo expuesto es ésta: hay limitaciones permanentes, y hay limitaciones excepcionales que, por eso mismo, son y deben ser transitorias.

A las últimas les dan sustento las situaciones de emergencia o crisis, es decir, situaciones extraordinarias, excepcionales, anormales, anómalas, casos críticos. Se trata de situaciones ajenas, foráneas al orden constitucional. En tal supuesto, las limitaciones se vuelven más restrictivas e intensas pero, de inmediato, hemos de añadir una pauta fundamental: en tanto a los derechos hay que interpretarlos siempre en forma amplia para tender a su maximización, a las normas que limitan los derechos hay que interpretarlas de manera restrictiva.

LOS INSTITUTOS DE EMERGENCIA SON CREACIONES DEL DERECHO QUE IMPORTAN MEDIDAS DE PREVENCIÓN, SEGURIDAD Y REMEDIO PARA CONTENER, ATENUAR O SUBSANAR EMERGENCIAS

### **EMERGENCIAS RECONOCIDAS POR LA CN**

#### **→ CONSTITUCIÓN FORMAL**

En Argentina la constitución formal sólo alude a dos emergencias:

- La guerra (“ataque exterior”)
- La conmoción interna

También la CN formal emplea la locución "emergencia pública" cuando su artículo 76 admite excepcionalmente la delegación legislativa en el PEN; por otro lado, encara una especie particular análoga a la de emergencia cuando, con condicionamientos, autoriza en el artículo 99 inc 3 a que el PEN dicte decretos de "necesidad y urgencia" 92

#### **→ CONSTITUCIÓN MATERIAL**

Fuera de la constitución formal, la constitución material conoce también la crisis económica.

### **RESPUESTAS INSTITUCIONALES**

El estado de sitio, junto con la intervención federal, constituyen las respuestas institucionales, regladas por la CN, ante emergencias de carácter político. Después de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencia, las que dan lugar a la delegación legislativa (art. 76) y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3)93. La CN prevé para estas situaciones anómalas una serie de remedios.

---

## **APARTADO B: EL PODER DE POLICÍA EN EMERGENCIA**

### **TIPOS DE EMERGENCIA**

#### **1. ESTADO DE SITIO**

### **ESTADO DE SITIO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL**

Al artículo 23 se lo plantea como una garantía constitucional prevista de manera expresa para garantizar la vigencia del orden de la CN. Hay que pensarlo como un instrumento, un medio, una garantía para garantizar la

vigencia constitucional. Estos instrumentos tienen una naturaleza política, ya que los que lo declaran son órganos políticos, por consideraciones políticas.

El estado de sitio (ES), en tanto implica un quiebre en la normalidad institucional y otorga facultades excepcionales al Poder Ejecutivo referidas a la libertad de las personas, pone en tensión al llamado Estado de Derecho y establece una atenuación del principio de la división de poderes. Sin embargo, es necesario comprender que

EL ESTADO DE SITIO Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES NO SON ANTAGÓNICOS, PORQUE EL ES ES UNA HERRAMIENTA

PARA DEFENDER LA CN Y LAS AUTORIDADES CREADAS POR ELLA, Y NO PRESUPONE LA ANULACIÓN DE LA LEY SUPREMA

La expresión ES se utilizó en las Bases y Puntos de Partida de Alberdi y fue fuente para la sanción de la CN en 1853. El Estado de sitio es el “instituto madre” de emergencia, es un instituto político que enerva los derechos políticos. y tiene como objetivos centrales custodiar los derechos (no su desaparición) y preservar la república. Tiene que ver con las sustancias constitucionales (libertad y poder). Constituye un remedio excepcional pero conveniente de defensa de la Constitución.

### LIMITACIONES

Hay dos disposiciones constitucionales, introducidas por la reforma de 1994 que limitan al estado de sitio:

- Artículo 43

Constitucionalizó el control judicial de la detención durante el estado de excepción, exigiendo la resolución inmediata del eventual hábeas corpus presentado.

- La CADH (Pacto de San José de Costa Rica)

Dispone “la no suspensión de derechos considerados esenciales” (derechos a la vida, a la nacionalidad, del niño, derechos políticos, etc.). El Pacto, como sabemos, tiene jerarquía constitucional.

Al no suspenderse la vigencia de la CN ni alterarse la estructura de poder, subsisten en sus funciones todos los poderes del Estado, por ello no pueden ser arrestados sus integrantes. La norma nada dice acerca de hasta dónde pueden restringirse las garantías y los derechos ni acerca de la amplitud de la atribución presidencial para detener personas o sobre el carácter del llamado derecho de opción para salir del país. Para esto último, de acuerdo al artículo 23 no se requiere de ninguna reglamentación legal para hacer efectiva la opción ni para limitarla.

El estado de sitio tiene por función preservar el sistema constitucional, las libertades públicas y la sociedad nacional en torno al orden de la libertad, la seguridad, la justicia y los derechos humanos, sin que la garantía de unos pueda enervar la de los otros.

RECORDAR QUE SIEMPRE SE TRATA DE DISPOSICIONES TEMPORALES

¿QUIÉNES SON LOS ÓRGANOS CAPACES DE DECLARARLO?

### **ARTÍCULO 75.29**

Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

### **ARTÍCULO 99.16**

Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuanto el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23.

Desglosando los artículos, podemos decir que en caso de:

#### **A. Ataque exterior**

Lo declara el PEN con acuerdo del Senado

#### **B. Conmoción interior**

Corresponde al Congreso. También lo podrá declarar el PEN en caso de receso del PL, poniendo en conocimiento al Senado y convocando a sesiones extraordinarias para darle efecto

## **2. LA INTERVENCIÓN FEDERAL**

### **ARTÍCULO 6**

El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o reestablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia.

### **ARTÍCULO 122**

Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

La intervención federal es de naturaleza política. Es un instituto de emergencia y de excepción atribuido al gobierno federal sobre las provincias que tiene por objeto mantener la supremacía de la Constitución, de los tratados de DDHH y de las leyes federales y también de las instituciones políticas provinciales, y la paz y la integridad de los entes locales.

## **SOLICITUD (O NO) DE INTERVENCIÓN Y CAUSALES**

### **→ DECISIÓN AUTÓNOMA DEL GOBIERNO FEDERAL**

■ Para reconstruir o restaurar la forma republicana de gobierno

■ Para repeler invasiones exteriores

→ A SOLICITUD DE LOS ENTES LOCALES 94

■ Para sostener las autoridades constituidas o

■ Para restablecer las autoridades constituidas en caso de que hubieran sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia.

La intervención no implica necesariamente la sustitución de las autoridades locales, pues en ocasiones puede bastar con una acción mediadora a fin de solucionar el conflicto local.

### **INTERVENTOR FEDERAL**

El interventor federal se inmiscuye a las autonomías federales, es el delegado del gobierno federal. Afecta o vulnera los principios republicanos. Asume el cargo de gobernador y empieza a tener las competencias del Poder Ejecutivo provincial. Vulnera principalmente el principio republicano de la posibilidad de elegir sus propios representantes y autoridades.

La medida suspende con limitado alcance la autonomía local en torno a la elección de los funcionarios por los procedimientos de elección propios y en consecuencia, limita el sistema representativo.

El interventor debe prestar acatamiento a la constitución local y sus atribuciones son las necesarias para remediar las causas y conflictos que motivaron la intervención. Su marco de atribuciones depende del acto concreto de intervención, de la finalidad y alcance que le ha asignado el órgano que la dispuso, y de las instrucciones precisas que se impartan al interventor por el poder ejecutivo. La extensión de aquellas atribuciones debe interpretarse restrictivamente.

### **¿QUIÉNES SON LOS ÓRGANOS CAPACES DE DICTARLO?**

#### **ARTÍCULO 75.31**

Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

#### **ARTÍCULO 99.20**

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.

Los órganos más políticos son los capaces de dictar este acto: el inc 31 del artículo 75 establece que es competencia del Congreso disponer la intervención federal a una provincia o a CABA. El art. 99 inc. 20 establece que corresponde al Presidente de la República decretar la intervención federal en caso de receso del Congreso, y que debe convocar simultáneamente a éste último para su tratamiento. A la vez, el ya citado inc. 31 del art. 75 le asigna al Congreso aprobar o revocar la intervención decretada durante su receso por el PEN. La declaración debe estar fundada en el principio de razonabilidad.

## OTROS ELEMENTOS A TENER EN CUENTA

### → LA AUTONOMÍA PROVINCIAL

Durante la intervención, la personalidad de la provincia permanece incólume y vigente su Constitución, dado que las eventuales inconstitucionalidades que esa norma pudiera contener se remedian mediante el control judicial. Tampoco la intervención podría afectar al poder constituyente provincial por lo que no corresponde a aquélla modificar la CN

Tiene como objetivo central preservar la república. Se interviene en la provincia, no se interviene a la provincia. Puede intervenir en todos o en cualquiera de los tres poderes (PE, PL, PJ). No desaparecen los derechos. No se interviene a los municipios. Tiene que ver con la estructura estatal y con el poder

### → EL CONTROL JUDICIAL

Salvo gravísima arbitrariedad, la decisión política de no intervenir no es revisable judicialmente. En cambio, sí son controlables judicialmente los actos del interventor que excedan el soporte normativo de la intervención o incumplan la CN y las leyes federales, o afecten derechos constitucionales.

## LA EMERGENCIA ECONÓMICA

Las crisis económicas no están previstas en la constitución formal, pero se consideran emergencias constitucionales cuando por razón de sus causas o de las medidas a que dan lugar, inciden en el ámbito constitucional, sea para acrecer competencias del poder, sea para restringir con mayor o menor intensidad los derechos individuales. La crisis económica puede acoplarse a otra emergencia y serle paralela o subsiguiente, o bien originarse con autonomía en causas propias.

En nuestro país las crisis económicas han dado lugar a medidas como moratorias hipotecarias, reducción de tasas de interés, rebaja en el monto de jubilaciones y pensiones, congelación y rebaja de alquileres, indisponibilidad de depósitos bancarios en moneda extranjera, prórroga de locaciones, paralización procesal de juicios, fijación y control de precios máximos, pagos en cuotas de sumas adecuadas en concepto de beneficios previsionales, etc. La legislación de emergencia en estas materias significó restricciones al derecho de propiedad, de contratar, de comerciar, de la seguridad social, etc.

## LA PROPIEDAD Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS

### ARTÍCULO 17

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

El artículo 17 establece garantías determinadas de la propiedad, a fin de evitar que el Estado se apropie de los bienes de las personas. A tal fin aplica el principio genérico de legalidad (en el artículo 19 de la CN)<sup>95</sup> a situaciones específicas, consagrando el derecho a no ser privado de la propiedad si no es por causa de:

## ➤ SENTENCIA FUNDADA EN LA LEY

## ➤ EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA, CALIFICADA POR LEY

En ambos casos debe existir ley que establezca las situaciones, hechos lícitos o ilícitos, o actos que habiliten la privación (la pérdida) de la propiedad. En virtud del art. 18 de la CN, a esa sentencia debe llegarse mediante el cumplimiento del debido proceso legal y asegurando la defensa de los derechos en este caso de la propiedad. La propiedad, “más que un derecho, es una libertad” (Riberi). Todo el mundo tiene la libertad del acceso a la propiedad. La propiedad detentada sí es protegida.

El artículo también reconoce la exclusividad de la propiedad intelectual y la protege frente a terceros, pero le sustrae una de las características del dominio: la perpetuidad. La garantía se extiende por el plazo de sus vidas y se transmite por herencia y entonces dura por el plazo fijado en la ley. La prohibición a la confiscación de bienes del art. 17 también se relaciona con las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad en razón de emergencias. La confiscación de bienes como sanción está excluida del sistema de la Constitución.

## **CASO PERALTA vs PEN, MINISTERIO DE ECONOMÍA Y BCRA**

### ANTECEDENTES

En el año 1989, bajo el gobierno de Alfonsín, la hiperinflación produjo una situación límite que obligó a traspasar anticipadamente el mando al nuevo presidente electo, Menem. El nuevo gobierno logró, por escaso tiempo, un relativo control de la situación que, sin embargo y tras el cambio de tres ministros de Economía, no impidió volver a una nueva hiperinflación.

Ante la necesidad de tomar medidas contundentes, el PEN dictó el 3 de enero de 1990 el Decreto 36/90 (llamado Plan Bonex) por el que dispuso que todas las entidades financieras del país satisficieran las obligaciones derivadas de los depósitos en australes a plazo fijo, mediante la entrega de bonos externos 1989, así como también el canje de las obligaciones de la deuda pública interna vigentes al 28 de diciembre de 1989, en dichos bonos externos.

A la fecha del dictado de éste decreto, el gobierno precedente (Alfonsín) había emitido, entre 1983-1989 un total de 10 DNU, instituto que no fue incluido en la CN hasta la reforma posterior de 1994. La actitud tolerante de nuestro máximo Tribunal y la complacencia del Congreso, facilitaron que durante la gestión de Menem la cifra de 10 se elevara a 545 entre 1989 y 1999.

Luis Arcenio Peralta y otros interpusieron acción de amparo contra esta medida a fin de proteger sus ahorros, caso que llegó a la CSJN con su nueva integración de nueve miembros, conocida como la Corte de mayoría automática.

### TRASCENDENCIA DEL FALLO

La importancia de este fallo radica en haber reconocido al PEN amplias facultades para legislar en situaciones de emergencia. En el caso "Peralta" la CSJN convalidó la constitucionalidad de un DNU (de sustancia legislativa) dictado en el contexto de una grave crisis económica y social, producida por la hiperinflación.

### FUNDAMENTOS

En el caso, fallado en 1990, la Corte enfocó una emergencia económica, y en relación con ella desplegó pautas que, de alguna manera, delinean un contorno para las situaciones de excepción en general. La Corte dijo: “que

el derecho de 'emergencia' no nace fuera de la constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda”.

La Corte sintetizó pautas genéricas sobre la emergencia económica, y dio por válida su aplicación a derechos y obligaciones emergentes de los contratos. El citado caso absorbe, en lo que hace al tema aquí tratado, dos cuestiones básicas: una es el origen de la norma que se disputaba, que era un DNU y no una ley (el decreto 36/90); otra es el contenido y alcance de medida, que convirtió los depósitos bancarios a plazo fijo en títulos públicos, afectando el derecho de propiedad y el contrato mismo, al no reintegrarse la suma dineraria colocada a plazo fijo en los términos y tiempos convenidos, reemplazándosela por los mencionados títulos. Ambos aspectos fueron convalidados por la sentencia de la CSJN que rechazó la acción de amparo.

La Corte, además, estableció varias reglas referidas a las condiciones para el dictado de aquellos decretos y acerca de los controles institucionales, debidos y posibles sobre ellos. En primer lugar, debe ser una situación de grave riesgo social que pusiese en peligro la existencia misma de la Nación y el Estado. En segundo lugar, debe haber razonabilidad en las medidas dispuestas, en términos de los medios elegidos por la norma y los fines de ésta, la proporcionalidad de las medidas y el tiempo de vigencia de ellas, y la inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados. Finalmente, aclara que debe tener la convalidación del Congreso, ya sea expresa o tácita.

## **BIDART CAMPOS**

Sobre el concepto económica, la CSJN dijo que éste “abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la CN”.

Hay en la sentencia numerosas alusiones a la necesidad de evitar el desmembramiento del Estado, de asegurar su subsistencia, de atender a la conservación del sistema político y del orden económico, de no frustrar la unión nacional y el bienestar general, todo ello enderezado a un uso más intenso y urgente del poder estatal en momentos de perturbación y de emergencia. En palabras de la Corte: “el derecho de 'emergencia' no nace fuera de la CN, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda”.

## **CASO SMITH vs PEN**

### **ANTECEDENTES**

Hacia el fin del año 2001 una grave crisis económica, política y social sacude a la Argentina y al resto del mundo. Ante el inminente colapso del sistema bancario y financiero, y bajo el amparo del art. 76 de la CN, el PEN dicta una serie de normas de emergencia de carácter económico. Se instaura por Decreto de Necesidad y Urgencia el corralito, que terminara siendo el corralón del Dr. Duhalde. Este impedía la las extracciones en efectivo que superen los 250 pesos o dólar es por semana, por parte del titular de una cuenta bancaria. Esta situación se ve agravada por la brusca modificación del sistema bancario.

## HECHOS

El caso Smith llega a la corte tras la decisión del juzgado federal de 1° Instancia de Corrientes, que había dispuesto como medida cautelar condenar al banco de Galicia a devolver a su vencimiento y por el total los depósitos a plazo fijo del Sr. Carlos Antonio Smith. El banco de Galicia acude a la Corte para dejar sin efecto la sentencia.

Ante la sentencia contraria a los intereses del banco de Galicia, esta institución se dirige a la CSJN per saltum a fin de que deje sin efecto la medida cautelar dispuesta por el juez federal ad hoc de Corrientes, que ordenó restituir íntegra e inmediatamente los fondos depositados por Carlos Antonio Smith en dicha entidad bancaria.

## DERECHO INVOCADO

En el caso "Smith" la Corte Suprema sostuvo que el dec. 1570/01 y sus normas modificatorias y reglamentarias, afectan las garantías reconocidas por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional y la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos. Agregó que vulnera también, el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. La Corte dejó fuera de discusión la existencia de una crisis económica por lo que no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado, pero aun así, estas medidas encuentran su límite en el art. 28 de la CN y en el principio de razonabilidad de las leyes.

Es decir, la Corte Suprema en el Caso Smith, declaró la inconstitucionalidad del decreto ya que exhibía:

- Exceso en el uso de las facultades delegadas, que violaban los artículos 17, 18 y 28 de la Constitución, por el modo en el que se condicionó y restringió la libre disposición de la propiedad privada
- Una afectación de los derechos adquiridos, ya que se prescindió por completo de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior.
- Irrazonabilidad de los medios elegidos para resolver la crisis por la desproporción en las restricciones que aniquilaban la propiedad e irrazonabilidad en los instrumentos normativos empleados por el Estado para superar la emergencia.

## CASO BUSTOS Y OTROS vs ESTADO NACIONAL

### HECHOS

Bustos y otros promovieron amparo contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S.A. en razón de las normas de emergencia dictadas por el Gobierno Federal entre 2001 y 2002 por las que se concretaron restricciones al retiro de depósitos a plazo fijo y cuentas a la vista, así como la conversión en pesos de los depósitos en dólares (lo que es comúnmente conocido como el corralito).

### CASO

La Cámara Federal de Paraná confirmó el fallo de 1° instancia haciendo lugar al amparo y declaró la inconstitucionalidad de las leyes 25557 y 25561, así como los decretos, resoluciones vinculadas y “toda otra norma que impida, limite o restrinja a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras intervinientes devolvieran los depósitos en el signo monetario efectuado, en el plazo de 10 días.”

## FALLO CSJN

El Estado Nacional y los bancos demandados interpusieron el extraordinario y la Corte falló a favor de éstos, revocando la sentencia de Cámara, rechazando el amparo y consagró la constitucionalidad de las medidas de emergencias, amén de realizar una dura crítica a los tribunales que acogieron inicialmente demandas similares.

En este fallo intervinieron únicamente seis ministros de la Corte Suprema imponiéndose el criterio mayoritario de cinco de ellos (el juez Fayt votó en disidencia), expidiéndose terminantemente por la constitucionalidad de leyes, decretos y normas concordantes aplicadas en razón de la extrema situación de emergencia que vivió el país en razón del llamado default.

## FUNDAMENTOS

1. Pese a la ausencia de prueba, la existencia de una grave situación de emergencia económica en el país, no puede ser soslayada. Semejante situación justifica una interpretación más amplia de las facultades atribuidas constitucionalmente al legislador. Si bien la emergencia no crea poderes inexistentes, ni disminuye las restricciones impuestas a los atribuidos anteriormente, permite encontrar una razón para ejercer aquellos existentes, de modo tal que, ante acontecimientos extraordinarios, el ejercicio del poder de policía...permita satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada y que, en caso de no ser atendidas, comprometerían la paz social y el interés general cuya custodia constituye uno de los fines esenciales del Estado moderno..

2. Se reconoce a los demandantes su derecho a la propiedad garantizado por el art. 17 CN pero se plantea si tal derecho sólo puede ser defendido mediante el reintegro de sus valores a breve plazo y en la moneda de origen. Este punto debe ser resuelto sin que haya sido aportada prueba del perjuicio patrimonial sufrido.

3. El caso tiene una inusitada gravedad institucional y las consecuencias de este fallo particular incidirán sobre la sociedad. No se trata de hacer justicia en el caso particular aunque se caiga el mundo, atendiendo a las enormes injusticias distributivas existentes en el país y las que sobrevendrán. La Corte debe evitar el conflicto con el interés general o el bien común, con el bien de todos y no sólo del de algunos.

LA CSJN NO DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS SOBRE LA DISPOSICIÓN DE LOS DEPÓSITOS PRIVADOS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA
---

## EXPROPIACIÓN

Es la máxima restricción al derecho de propiedad sobre la cosa o bien expropiado, pero, dada la exigencia de indemnización no implica la mayor afectación, pues el propietario debe quedar indemne. En el artículo 75 inc 18, la llamada cláusula para el progreso que atribuye al Congreso Nacional la promoción de la inmigración y la construcción de ferrocarriles y canales navegables. Estas competencias del PL podían requerir la expropiación para el logro de aquella utilidad pública. La decisión del Congreso para calificar de utilidad pública un determinado bien es una atribución discrecional del Poder Legislativo.

## LEY NACIONAL DE EXPROPIACIONES (21499)

Expresa que quedan excluidos ciertos bienes (embajadas, bienes de la Iglesia Católica consagrados al culto en virtud de los derechos establecidos en el Concordato con la Santa Sede de 1966) de la expropiación. Sí son expropiables los bienes del dominio público de las provincias, siempre para el cumplimiento de los fines

constitucionales, con la excepción de los recursos naturales (salvo consentimiento de los Estados locales). Lo contrario implicaría diluir el alcance del art. 124 de la CN. Según esta misma ley, la indemnización debe pagarse en dinero, quedando prohibido el pago en bonos de la deuda pública, salvo acuerdo del expropiado; y debe comprender el valor objetivo del bien y los daños que constituyan una consecuencia directa o inmediata de la expropiación, pero quedan excluidos los valores afectivos que pueda tener para el dueño.

## PARA RIBERI EL ESTADO NO PUEDE EXPROPIAR TERRITORIO DE LAS PROVINCIAS

### → ETAPAS DE LA EXPROPIACIÓN

#### ➤ CALIFICACIÓN LEGISLATIVA DE LA "UTILIDAD PÚBLICA"

La CN exige una ley formal del Congreso como requisito indispensable. La exigencia de "utilidad pública" para expropiar representa una garantía constitucional en resguardo del derecho de propiedad de los particulares.

#### ➤ DETERMINACIÓN DE LOS BIENES

La ley que califica la utilidad pública puede determinar directamente el bien sujeto a expropiación, o hacer una enumeración genérica, o establecer la zona donde quedan comprendidos los bienes sujetos a expropiación. Cuando el Congreso no determina individualmente el bien, le corresponde hacerlo al PEN entre los genéricamente enumerados o dentro de la zona señalada.

#### ➤ INDEMNIZACIÓN PREVIA

Debe hacerse antes de consumarse la expropiación (transferirse la propiedad)

### → TIPOS DE EXPROPIACIÓN

#### ➤ DIRECTA | POR LEY

Hay un sujeto activo directo y originario, que es el estado federal y cada una de las provincias en sus respectivas jurisdicciones. Ello significa que la "decisión" de expropiar, que se expresa en la ley que declara la utilidad pública de un bien, pertenece únicamente al estado federal y a las provincias.

#### ➤ INDIRECTA | POR ENTE AUTÁRQUICO

Para que un sujeto activo expropie por delegación, siempre hace falta que previamente el estado federal, o la provincia, o la ciudad de Buenos Aires dicte una "ley" declarativa de la utilidad pública, en mérito a la cual el sujeto activo derivado o indirecto lleve después a cabo la expropiación.

#### ➤ INVERSA O IRREGULAR

Opera como una garantía de la propiedad ante acciones del Estado que constituyen verdaderas vías de hecho. No se respetó la exigencia constitucional de ley previa.

#### ➤ RETROCESIÓN

Garantiza el reintegro del bien expropiado cuando a éste se le diere un destino diferente; o no se le diere ninguno en un lapso de dos años desde que la expropiación quedó perfeccionada por la transferencia del dominio mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización.

#### ➤ OCUPACIÓN TEMPORÁNEA

En el caso de la ocupación temporánea normal, la utilidad del uso del bien por un plazo determinado es declarada por ley e indemnizada. En cambio, la ocupación temporánea anormal opera sin ley, puede ser dispuesta por autoridad administrativa y no recibe indemnización alguna, salvo los daños causados a la cosa.

## **CASO MUNICIPALIDAD DE CAPITAL vs ELORTONDO**

### **HECHOS**

En 1888 el Congreso había expropiado una serie de propiedades de la actora para ensanchar la Avenida de Mayo, en CABA. La expropiación afectaba inmuebles por donde pasaría la avenida y otros cuyo fin no era la construcción de la mencionada avenida.

### **FALLO**

La CSJN, transcribiendo las disposiciones pertinentes del art. 17 en su intersección con el art. 28 de la CN, sostuvo que no era válida la expropiación de todas las fincas que resultaren afectadas por aquella si no resultaban indispensables a la ejecución de la obra o propósito público de que se trataba, ni podía cumplirse sobre bienes que no fueran necesarios para aquella. Para el Tribunal, la expropiación (como atribución excepcional del Estado) no podía efectuarse para generar réditos al Estado, a fin de costear la obra. A pesar de que la CSJN ratifica la deferencia que debe a los fines propuestos por el

Poder Legislativo, restringe el concepto de utilidad pública a los bienes indispensables y excluye a los convenientes para llevar a cabo los fines públicos.

### **CONCLUSIONES DEL FALLO SEGÚN BIDART CAMPOS:**

En primer lugar, la atribución congresional para calificar la utilidad pública no puede entenderse como derogatoria de los principios constitucionales, de los que el congreso no puede apartarse. Por otro lado, es elemental la atribución y el deber de los jueces de examinar las leyes en los casos que se traen a su decisión para averiguar si guardan o no conformidad con la constitución, y de abstenerse de aplicarlas si se hallan en oposición con ella. Por ende, aunque no hay una línea precisa que deslinde y distinga lo que es utilidad pública de lo que no lo es, lo cual exige que se acuerde siempre la mayor deferencia al juicio del congreso, cuando éste excede claramente los límites de su atribución constitucional, los jueces están en el deber de proteger el derecho de propiedad, agredido y tomado fuera de las formas autorizadas por la constitución;

## **APARTADO C: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

### **GARANTÍAS PROCESALES**

#### **ARTÍCULO 18**

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa <sup>1</sup>

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. <sup>2</sup>

El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación <sup>3</sup>

Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes 4  
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 (...) hará responsable al juez que la autorice 5

## DESGLOSANDO EL ARTÍCULO

Constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder. Resguardan la dignidad de las personas, impone límites precisos a la autoridad represiva del Estado y a los instrumentos para hacerlas efectivas.

La primera frase del art. 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” constituye una especie del principio de legalidad, establecido en forma general en el art. 19 de la CN. Además, la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso, con lo cual resulta inaplicable la ley penal más gravosa sancionada con posterioridad a los hechos. Dispone que los tipos penales y la sanción correspondiente deben establecerse por ley. Ni siquiera circunstancias excepcionales autorizan al PE a dictar DNU en materia penal. Además la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso.

### R. HARO

La protección del individuo frente al Estado u otros individuos, se ve garantizada cuando aquel cuenta dentro del sistema jurídico, con las herramientas o mecanismos que permiten que esos derechos reconocidos en la CN o las leyes, no se transformen en meras declaraciones formales.

## DERECHOS ENUMERADOS

1 La imparcialidad del juez es una garantía que está dado por el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales y el derecho a no ser apartados de los jueces designados por la ley antes del hecho que motiva la causa (garantías del juez natural)

2 Como modo de impedir los apremios ilegales y las torturas para alcanzar la confesión del delito.

3 Allanamientos requieren previa orden, fundamentos en la ley

4 Por causas políticas, complementado con el pacto de San José de Costa Rica. Estableció una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la vida y restringen o prohíben la pena de muerte.

5 Resguardo de la dignidad.

## DEBIDO PROCESO

El debido proceso legal constituye una garantía constitucional, amplia e innominada, con aspectos adjetivos y sustantivos:

- DEBIDO PROCESO ADJETIVO O FORMAL

(Haro) “Cumplimiento de requisitos procesales durante el desarrollo o procedimiento, que establecen la CN y las leyes procesales, como son el derecho a defensa: a ser oído, a ofrecer pruebas, etc.”

- **DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO O SUSTANCIAL**

Habilitan el control de razonabilidad de las medidas restrictivas de los derechos personales, ordenadas para perseguir el delito. (Haro): “Aspectos materiales del proceso [...] alcanza al contenido de la decisión, control de razonabilidad”.

### ¿QUÉ IMPLICA EL DEBIDO PROCESO?

El debido proceso significa que:

- Ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley, de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa;
- Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el "debido";
- Para que sea el "debido", tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso;
- Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído).

En otras palabras, se inserta aquí la plenitud del derecho de defensa.

La garantía del debido proceso incluye el recaudo de la duración “razonable” del proceso: todo proceso ha de tener una duración que sea razonable para la tutela judicial eficaz, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión jurídica que se ventila en el proceso.

### EL AMPARO, HABEAS CORPUS Y HABEAS DATA

#### **ARTÍCULO 43**

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

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

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.

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.

Este artículo establece expresamente las garantías específicas del amparo, el habeas data y el habeas corpus. Estas garantías específicas no son las únicas del sistema constitucional argentino: pueden mencionarse los art. 18 y 19 que protegen la libertad personal, la privacidad y la intimidad y el art. 17 que resguarda la propiedad

## **GARANTÍAS**

Mecanismos establecidos en la CN para la vigencia de los derechos constitucionales. (HARO): Con la reforma del 94, se avanza con el proceso de constitucionalización de las garantías que ya habían tenido recepción por vía jurisprudencial o legislativa.

### **1. AMPARO**

Se lo suele denominar la “madre de todas las garantías”. Es genérico, y está consagrado por el artículo mencionado, donde se indica que todo ciudadano tiene derecho a acción rápida, expedita de amparo frente actos públicos o privados que afecten a los derechos constitucionales o de alguno de los pactos que tiene supremacía.

R. HARO: En la búsqueda de una noción conceptual específica sobre el amparo, podríamos expresar que es una acción judicial destinada a garantizar el pleno y eficaz ejercicio de las libertades y derechos constitucionales, distintos a la libertad física o ambulatoria que protege el habeas corpus, o a la información sobre la persona e intimidad, que protege el habeas data.

Fue incorporado de modo expreso a la CN en 1994. La acción de amparo tuvo por principal efecto acelerar el dictado de las decisiones judiciales enderezadas a proteger a quienes sufrían una manifiesta violación de sus derechos constitucionales, en ausencia de remedios procesales adecuados para reparar aquella lesión. Cuando apareciera, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, correspondería que los jueces reestablecieran de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

Se habilita la acción tanto contra actos estatales como contra actos particulares y la índole de tales actos lesivos: lesión, restricción, alteración o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en forma actual o inminente.

## **TIPOS DE AMPARO**

### **➤ INDIVIDUAL**

Toda persona, habitante o no, podrá interponer acción individual de amparo ante la lesión de sus derechos subjetivos alegando un daño concreto.

### **➤ COLECTIVO**

Con este artículo se reconoce jurídicamente a los derechos de pertenencia colectiva o difusa. Se legitima, para accionar, a tres sujetos en particular: el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones de defensa de aquellos fines. Es decir, el artículo 43 consagra el género de los derechos de incidencia colectiva en general en cabeza de tres tipos de sujetos específicos, diferentes del sujeto persona, facultado, este último, para accionar por la lesión a un derecho subjetivo suyo. Dado que quien sufre alguna lesión en sus derechos subjetivos está legitimado, como persona, para interponer un amparo individual, es obvio que el afectado en alguno de los derechos de incidencia colectiva está legitimado en otra hipótesis.

## **CASO SIRI**

### **HECHOS**

Siri era propietario del diario “Mercedes”, que fue clausurado con custodia policial del local. ANte ello, planteó acción de habeas corpus, pero invoca en su escrito que se le habían vulnerado los derechos constitucionales de imprenta, de trabajar, de propiedad, etc. (arts. 14, 17 y 18 CN). La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia, llegando a la CSJ por vía del recurso extraordinario federal.

### **FALLO**

El alto tribunal en sentencia del 27/12/1957, consagra la supremacía de los derechos constitucionales aun ante la omisión legislativa procesal en la materia. “La libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14,17 y 18 de la CN, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción”. En "Siri" la Corte indicó que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse al allanamiento y ocupación.

Por ello la Corte, dijo que, "en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre esta cuestión, se aparta de la doctrina tradicionalmente declarada por el tribunal, en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus". Agrega que "los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país, reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho, imponiendo a los jueces el deber de asegurarlo".

Así la Corte Suprema estableció "que las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas. Cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen tienen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto" y "Basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias".

### **IMPORTANCIA**

El célebre caso “Siri” hizo lugar por primera vez a un amparo para proteger la libertad de expresión contra un acto de autoridad que la lesionaba inconstitucionalmente. Se trataba de una imprenta y un periódico clausurados, presuntamente por orden de autoridad. La Corte ordenó el levantamiento de la medida y restableció la libertad de prensa, valiéndose de un procedimiento sumario equivalente al del habeas corpus. Se crea el recurso de Acción de Amparo como remedio judicial para proteger todos los derechos enumerados por la constitución Nacional, a excepción de los ya protegidos por el recurso de Habeas Corpus. Se confirma la supremacía constitucional para proteger los derechos enunciados por los Arts. 14, 17 y 18.

## **CASO KOT**

### **HECHOS**

La fábrica textil de la cual Kot era dueño, es ocupada por los empleados, imposibilitando el ingreso a sus dueños. Ante ello, Kot realiza denuncias ante la policía y en sede penal por supuesto delito de usurpación, las que fueron rechazadas en primera y segunda instancia, ya que los ocupantes no detentaban la posesión sobre el inmueble, sino que la ocupación radicaba en un conflicto laboral. Kot interpone un recurso extraordinario ante la CSJN con base en los fundamentos de la

sentencia del caso “Siri”, sólo que a diferencia de éste, ahora el acto lesivo no proviene de autoridad pública, sino de particulares, los trabajadores.

## FALLO

El tribunal resolvió hacer lugar a la protección de los derechos constitucionales invocados por la recurrente. Luego de declarar que la distinción entre restricciones ilegítimas provenientes de autoridad pública de las de actos de particulares, no es esencial para la protección constitucional de los derechos.

En el caso "Kot" se expande la posibilidad de proteger los derechos constitucionales a través de esta vía expedita y rápida, por actos de particulares y no solamente de la autoridad pública. Y la Corte dice lo siguiente: "A los fines de la protección de los diversos aspectos de la libertad individual, garantizados tácita o implícitamente por el art. 33 de la Constitución Nacional, no es esencial distinguir si la restricción ilegítima proviene de la autoridad pública o de actos de particulares. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita aseverar que la protección de los "derechos humanos" esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos".

La CSJN afirmó que los derechos reconocidos en la CN son operativos; la falta de reglamentación no es obstáculo para su protección; que la violación sea a un derecho constitucional; que esa violación del derecho sea palmaria, real, manifiesta y que provoque un gravamen irreparable a su titular.

## BIDART CAMPOS

Se trataba de la ocupación de un establecimiento por parte del personal en conflicto con la patronal. La Corte admite por vía de amparo la desocupación del local, en tutela de los derechos de propiedad y de ejercer la actividad propia de la fábrica (o sea, el derecho de trabajar). La diferencia con el caso “Siri” radicaba en que ahora el acto lesivo de un derecho subjetivo emanaba, no de autoridad, sino de particulares. Se amplía la esfera de acción del recurso de amparo al establecerse que también es viable deducirlo cuando la violación de un derecho provenga de un particular. Se confirma la supremacía constitucional en cuanto a la protección de los derechos establecidos en los Arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

## CONCLUSIÓN SOBRE AMBOS CASOS

“Siri” y “Kot” permiten una somera sistematización del lineamiento judicial posterior a ellos, con las siguientes pautas: a) la ausencia de norma reglamentaria del amparo, tanto en la constitución como en la ley; pero b) el amparo tuvo carácter de vía excepcional, reservada para atacar actos de autoridad y de particulares con perfil de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas; c) el proceso debe ser sumario y rápido para revestir eficacia; d) la acción puede interponerse tanto por personas físicas como por personas jurídicas (en el caso “Kot” la parte actora era una sociedad comercial).

## 2. HÁBEAS DATA

“Mi intimidad tiene la tutela constitucional pero está en tensión con otros derechos colectivos. Protege los datos sensibles los cuales son los únicos que merecen pleno dominio de cada uno”. El hábeas data ampara los derechos de las personas a conocer sus datos y eventualmente a solicitar medidas sobre el registro que de ellos se hubieren efectuado en bancos públicos o privados proveedores de informes. Se crea por la necesidad de proteger a las personas frente al contenido de los registros y asientos que de ellas pudieran efectuar los organismos del Estado o privados; es una especie de amparo.

Así, de la protección y seguridad de las personas, afectadas por datos erróneos o falsos asentados en registros públicos, la nueva institución pudo contemplar el resguardo de derechos tales como la intimidad, la imagen, el buen nombre y la fama comercial, la identidad personal y familiar a través de la regulación de un amparo especial denominado nuevo derecho. No necesita que quien haya registrado los datos y los transfiera o someta a alguna forma de tratamiento, haya obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Basta con que el dato sea erróneo y se transmita con negligencia para que la acción sea expedita.

La Ley de Protección de Datos Personales (25236), que establece que los datos que se recojan deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos de acuerdo al ámbito y finalidad para el que se los obtuvo, exactos, actualizados y completos.

### CSJN

La intimidad configura derecho a decidir por sí mismo en que medio compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal.

La norma constitucional, más que proteger los datos personales, comerciales, patrimoniales o sensibles, está resguardando una multiplicidad de derechos sustantivos, tantos como pudieran verse afectados por la difusión, falsedad, o efecto discriminatorio del tratamiento de aquellos datos. El derecho a ser dejado a solas; el derecho de mirada sobre lo que se registra de cada uno; el derecho a la identidad; a la imagen; a la intimidad; a la seguridad personal y patrimonial; el derecho a la verdad; etc. Según Gelli, la garantía del hábeas data alcanza también a las personas por nacer, pues éstas podrían verse eventualmente afectadas.

### TIPOS DE HABEAS DATA

- INFORMATIVO

Sirve para averiguar qué se dice de mí.

- CORRECTIVO/RECTIFICADOR

Corregir datos archivados que son falsos o inexactos y/o actualizar o adicionar datos atrasados o incompletos;

- SUPRESOR

Eliminar información sobre mí.

## 3. HÁBEAS CORPUS

Tiene como principal objetivo proteger la libertad personal, ambulatoria y de desplazamiento de las personas, ante detenciones o arrestos ilegales. Tiene como antecedente la Ley 23098 de Habeas Corpus de 1984.

### LEY DE HÁBEAS CORPUS (23098)

ART 3 | Procedencia. Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.
2. Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

### TIPOS DE HABEAS CORPUS

#### ➤ REPARADOR (CLÁSICO)

Para los casos en los cuales ya se hubiere perdido la libertad física. Protege contra las detenciones o arrestos ilegales, que se producen por falta de causa legítima o razonable en la detención o porque la orden no parte de autoridad pública o ésta es incompetente. La garantía procede ante acción u omisión, pero siempre de autoridad pública (por parte de un particular encuentran remedio en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, como el Código Penal).

#### ➤ PREVENTIVO

Para la hipótesis de una amenaza a la libertad ambulatoria. El procedimiento corresponde ante acciones u omisiones de autoridad pública que impliquen una amenaza actual a la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente. “Investigación”.

#### ➤ CORRECTIVO

Establece una serie de exigencias que deben cumplir las cárceles de la nación para los detenidos, así como la finalidad de la detención, para seguridad y no para castigo de las personas retenidas en las cárceles. Opera ante el agravamiento en el modo y forma en que se cumple una detención legítimamente ordenada. El art. 18 establece una serie de exigencias que deben cumplir las cárceles de la nación para los detenidos, así como la finalidad de la detención, para seguridad y no para castigo de las personas retenidas en las cárceles. Los detenidos tienen derechos constitucionales, pese a la detención. Esos derechos perviven, aún en casos de pérdida de la libertad ambulatoria por condena firme. Aunque para el control de los modos y condiciones de detención la garantía que corresponde es la del amparo y no la del hábeas corpus. “Cuando alguien no tiene condena firme y la pena es muy alta”

#### ➤ RESTRINGIDO

Procede ante todo acto u omisión de autoridad pública que sin privar de la libertad, la hostigue o altere.

### GELLI

El derecho consagrado en la ley a interponer una acción de hábeas corpus, no se suspende durante la vigencia del estado de sitio también por mandato constitucional.

## CASO TIMMERMANN

### HECHOS

En 1978, durante la dictadura militar, Jacobo Timerman, periodista, se encuentra según las autoridades involucrado en el "caso Graiver", y es detenido. Finalmente, luego de averiguaciones al respecto se lo desvincula de la causa, pero continúa detenido por una resolución dictada por otro organismo.

### FALLO

Corresponde hacer lugar al hábeas corpus en cuanto se relaciona con la privación de libertad de una persona dispuesta por el Poder Ejecutivo a pedido del Comando en Jefe del Ejército y en relación con el "caso Graiver", si a la fecha de dictarse la sentencia el afectado ha dejado de estar a disposición del correspondiente Consejo de Guerra Especial, porque habiendo desaparecido la única motivación concreta que sustentaba el arresto no parece razonable admitir que subsista adecuación e causa entre la del estado de sitio y la de la detención contra la cual se dedujo el hábeas corpus.

Las sentencias de hábeas corpus deben dictarse de acuerdo con la situación fáctica y jurídica existente a la fecha del pronunciamiento, computando no sólo los factores iniciales, sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resultan de las actuaciones producidas. Si el afectado había sido detenido por decreto del Poder Ejecutivo a pedido del Comando en Jefe del Ejército y en relación con la investigación del "caso Graiver", y a la fecha de dictarse la sentencia consta que ha cesado de estar a disposición de aquella autoridad militar, continuando a disposición del Poder Ejecutivo, no cabe reputar que la cuestión se ha tornado abstracta porque, al no haberse derogado en forma expresa el decreto de detención, existe suficiente interés jurídico del agraviado para lograr un pronunciamiento judicial sobre el tema.

Si consta que, aparte del arresto dispuesto por el PEN, existe resolución de la Junta Militar imponiendo al afectado las sanciones previstas en el acta en consecuencia de lo cual se halla también detenido, la medida de dicha Junta no puede ser objeto de pronunciamiento, toda vez que el punto no fue incluido en la materia del recurso deducido ante la Corte ni tratado en la sentencia de segunda instancia, pese a haber sido la propia parte quien hizo presente al juez de la causa la nueva disposición normativa.

La Corte ejerce el control de razonabilidad de las medidas según los siguientes principios:

- Excepcionalidad del control por ser una facultad privativa del PEN
- Hay obligación del PEN de brindar informes detallados o realizar investigaciones para encontrar a la persona
- Se realiza un doble control de razonabilidad: respecto a las garantías suspendidas y la conmoción interior, y respecto al acto particular del detenido relacionado causalmente con el fin de asegurar la paz social.
- La Corte debe dictar sentencia de acuerdo a la situación fáctica al momento de fallar.