

9

# CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

WALTER F. CARNOTA  
(DIRECTOR)

GUILLERMO A. CALANDRINO  
MARÍA A. CLOSAS  
JUAN A. FANTINI  
GUIDO I. RISSO  
SERGIO G. SANDER

LA LEY

## PRÓLOGO

Al presentar este libro que nos comiplacemos en escribir y en dirigir, parece oportuno delinear —tan siquiera esquemáticamente— los objetivos que nos hemos propuesto.

Los destinatarios centrales de este "Curso" son los alumnos de nuestra cátedra de "Derecho Constitucional" (Primera Parte) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, aunque muchos de los ejes vertebrales aquí plasmados podrán, eventualmente, servir como guía de análisis para estudiantes de la materia en otras Casas de Altos Estudios.

La currícula de Abogacía de la Facultad de Derecho de Lomas de Zamora tiene la peculiaridad de haber conservado la vieja dicotomía entre dos partes o segmentos del Derecho Constitucional, a saber: una primera porción referida a la teoría e historia constitucionales, y a nociones de derecho constitucional comparado, y una segunda, relativa a las principales instituciones del derecho constitucional argentino.

Esta división, superada en otros lados como en la Universidad de Buenos Aires a partir de la reforma al plan de estudios operada en 1986, obliga a formularnos el siguiente interrogante: ¿Tiene sentido en la Argentina de hoy la enseñanza de la "teoría constitucional"? ¿Ocupa algún lugar la "historia constitucional"?

La pregunta parece evocar una similar que formulaba Norberto Bobbio en relación a la fundamentación de los derechos humanos, que terminaba contestando negativamente, para afirmar que bastaba la promoción y la protección de los derechos, sin que fuese necesario fundamentarlos.

Nuestra experiencia docente en el campo del derecho constitucional, empero, parece sugerir otra cosa. En efecto, nos encontramos en muchos casos con alumnos universitarios de primer o segundo año que deben enfrentarse de manera traumática a los vericuetos de las instituciones constitucionales, sin una mínima formación y preparación previas. De esa manera, la relación enseñanza-aprendizaje se transforma en una catarrata de normas y de conceptos, sin articulación alguna, que —se supone— preparan a futuros profesionales a lidiar con problemas constitucionales. La mismísima aplicación del "método de casos", tan celebrada en las últimas décadas en nuestro medio, tiene sentido a partir de un cimiento teórico sólido.

Ahora bien, sentado el imperativo de la teoría constitucional, ello no debe significar ni rendir culto al enciclopedismo, ni hacer una ciencia del derecho

Copyright © 2001 by La Ley S.A.  
Tucumán 1471 (1050) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced or transmitted  
in any form or by any means,  
electronic or mechanical. Including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher.

I.S.B.N. 950-527-478-5

constitucional sin solidaridad con la realidad. Todo lo contrario. Es precisamente la comprensión de esa realidad la que reclama y exige una reivindicación teórica fuerte, como herramienta crítica del conocimiento.

La interrelación entre teoría y praxis constitucionales permitirá, entonces, lograr una educación más fecunda en la parcela supralegal del ordenamiento jurídico.

No queremos cerrar estas breves líneas sin agradecer a quienes han hecho posible este emprendimiento, el primero que se hace con el auspicio de la Dirección de Publicaciones docentes de la Secretaría Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Al Dr. Carlos Colombo, infatigable Director de "La Ley", quien generosamente nos abriera las puertas de este prestigioso sello editorial; a quienes nos han dado el marco científico propicio en la mencionada Facultad, esto es, a su Decán, Dr. Alejandro Tullio, a su Secretaría Académica, Dra. María Fernanda Vázquez, y a la Directora del Centro de Extensión Zárate, Dra. Claudia Alicia Rezek. Finalmente, nuestra gratitud a quienes han cursado y cursan con nosotros Derecho Constitucional, cuyas ansias de saber e inquietud intelectual nos han persuadido a realizar esta humilde obra. A todos ellos muchas gracias.

WALTER F. CARNOTA

## ÍNDICE

|               |     |
|---------------|-----|
| Prólogo ..... | VII |
|---------------|-----|

## CAPÍTULO I

OBJETO Y MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, 1  
por Walter F. Carnota

|  |   |
|--|---|
| 1. Palabras introductorias .....   | 1 |
| 2. Perfiles del objeto del derecho constitucional .....                                    | 1 |
| 3. El sistema de fuentes del derecho constitucional .....                                  | 2 |
| 4. Metodología del derecho constitucional .....  | 5 |
| 4.1. El método .....   | 5 |
| 4.2. Técnica .....   | 6 |
| 4.3. Enfoque .....   | 7 |
| 5. Relaciones con otras disciplinas .....  | 8 |
| 5.1. Con la ciencia política .....   | 8 |
| 5.2. Con otras ciencias de la conducta (sociología, psicología social, antropología) ..... | 8 |
| 5.3. Con la economía .....   | 9 |

## CAPÍTULO II

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, 11  
por Walter F. Carnota

|  |    |
|--|----|
| 1. Nociones básicas .....  | 11 |
| 2. Clases de interpretación .....  | 11 |
| A) Interpretación constitucional e interpretación legal o estatutaria: .....       | 12 |
| B) Interpretación de la Constitución e interpretación desde la Constitución: ..... | 12 |
| C) Interpretación auténtica, científica y judicial: .....                          | 12 |
| D) Interpretación objetiva y subjetiva: .....                                      | 13 |
| 3. Los problemas de la interpretación constitucional .....                         | 13 |
| A) Indeterminaciones semánticas y sintácticas .....                                | 13 |
| I. Vaguedad .....  | 13 |
| II. Ambigüedad .....   | 15 |
| B) Indeterminaciones lógicas .....   | 16 |
| I. Las lagunas del derecho .....   | 16 |
| II. Las contradicciones .....  | 16 |
| III. Las redundancias .....  | 17 |
| C) Problemas de interpretación .....   | 18 |
| A) Principales tipos. Jurisprudencia .....   | 18 |
| I) Interpretación finalista: .....   | 18 |
| II) Interpretación semántica: .....  | 19 |
| III) Interpretación Sistemática: .....   | 19 |

|  |      |
|--|------|
| IV) Interpretación Dinámica: .....   | Pág. |
| B) Técnicas o reglas subsidiarias de interpretación .....  | 19   |
| I) La razonabilidad .....  | 20   |
| II) Los derechos implícitos .....  | 20   |
| III) La presunción de validez de los actos gubernativos .....  | 20   |
| IV) Las pautas de interpretación que provienen del derecho internacional de los derechos humanos ..... | 21   |
| 5. Paradigmas interpretativos: Originalismo y no-interpretativismo .....                               | 21   |
| A) Originalismo: .....   | 22   |
| B) No-interpretativismo .....  | 22   |
|  | 23   |

**CAPÍTULO III  
CLASES DE CONSTITUCIONES, 25**

por *Walter F. Carnota*

|  |    |
|--|----|
| Concepto de Constitución .....   | 25 |
| Los tipos de Constitución: racional-normativa, histórico-tradicional y sociológico .....       | 26 |
| A) El tipo racional-normativo: .....   | 26 |
| B) El tipo histórico-tradicional: .....  | 27 |
| C) El tipo sociológico: .....  | 27 |
| ¿A qué tipo pertenece la Constitución argentina de 1853-1994? .....                            | 27 |
| Las clasificaciones de Constituciones .....  | 28 |
| A) Clasificaciones tradicionales .....   | 28 |
| El criterio ontológico de Loewenstein: Constituciones normativas, nominales y semánticas ..... | 28 |
| Las mutaciones constitucionales .....  | 30 |
|  | 30 |

**CAPÍTULO IV  
SUPREMACIA Y CONTROL CONSTITUCIONALES, 33**

por *Walter F. Carnota*

|   |    |
|---|----|
| A) Supremacía Constitucional .....  | 33 |
| Génesis del concepto .....  | 33 |
| La supremacía en el derecho constitucional comparado .....  | 33 |
| Significado e implicaciones del concepto de supremacía constitucional: su vinculación con la teoría de la fuerza normativa de la Constitución ..... | 34 |
| La supremacía en la Constitución Nacional .....   | 35 |
| 1. Relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional .....  | 36 |
| 2. Relación entre la ley interna y el tratado internacional .....   | 36 |
| El caso "Ekmekdjan c. Sofovich": Trabajo práctico .....   | 36 |
| El impacto de la reforma constitucional de 1994 .....   | 37 |
| El derecho comunitario .....  | 37 |
| B) El control de constitucionalidad .....   | 39 |
| Orígenes del control de constitucionalidad .....  | 40 |
| "Marbury v. Madison": La Corte empieza a ser Suprema .....  | 40 |
| Enfoque práctico del caso .....   | 41 |
| Los grandes sistemas del control de constitucionalidad en el derecho comparado. La jurisdicción constitucional específica .....                     | 42 |
| El control de constitucionalidad a nivel federal en Argentina .....   | 43 |
|   | 44 |

|   |      |
|---|------|
| Problemas de teoría constitucional que arroja el control judicial: ¿hay una dificultad contramayoritaria? ..... | Pág. |
| Dificultades para establecer el control de constitucionalidad concentrado en Argentina a nivel federal .....    | 45   |
| A) ¿Es viable una reforma constitucional en tal sentido? .....  | 46   |
| B) ¿De nuevo el llamado "déficit democrático"? .....  | 47   |
| C) ¿Es el federalismo una valla? .....  | 48   |
| Jurisprudencia: El caso "Fayt" .....  | 49   |

**CAPÍTULO V  
GOBIERNO Y ESTADO, 53**

por *Guido I. Rizzo*

|  |    |
|--|----|
| Gobierno .....                                       | 53 |
| 1. Definición .....                                  | 53 |
| 2. Formas de gobierno .....                          | 54 |
| 3. Clasificación Clásica .....                       | 55 |
| Tipos puros .....                                    | 55 |
| Tipos impuros .....                                  | 55 |
| Forma mixta .....                                    | 57 |
| 4. Clasificación Moderna .....                       | 58 |
| Presidencialismo y Parlamentarismo .....             | 58 |
| a) Sistema o Gobierno Parlamentario .....            | 58 |
| b) Sistema o Gobierno Presidencialista .....         | 60 |
| c) El Hiperpresidencialismo .....                    | 61 |
| d) El hiperpresidencialismo en Argentina .....       | 62 |
| Estado .....   | 63 |
| 5. Definición .....                                  | 63 |
| 1) Elementos del estado .....                        | 64 |
| Federalismo .....                                    | 65 |
| 6. Definición .....                                  | 65 |
| a) Estado Confederal .....                           | 65 |
| b) Estado Unitario .....                             | 65 |
| c) Federalismo .....                                 | 66 |
| d) El federalismo en la Constitución Argentina ..... | 67 |
| Bibliografía .....                                   | 68 |

**CAPÍTULO VI  
REFORMA CONSTITUCIONAL. PROCEDIMIENTO, 69**

por *Guillermo A. Calandriño*

|  |    |
|--|----|
| Límites del poder constituyente originario, derivado y del poder constituido ..... | 70 |
| Límites formales del poder constituyente derivado .....                            | 71 |
| Límites del poder constituido .....  | 72 |
| Procedimiento de reforma constitucional .....                                      | 72 |
| Atribuciones de la Asamblea Constituyente .....                                    | 72 |
| Las reformas a la Constitución Nacional desde su sanción .....                     | 74 |
| Reformas del siglo XIX .....   | 75 |
| La reforma de 1866 .....   | 75 |
| Reforma de 1898 .....  | 76 |
| Reformas del siglo XX .....  | 76 |
|  | 77 |

|   |    |
|---|----|
| Reforma constitucional de 1949 .....    | 77 |
| Reforma de 1957 .....                   | 77 |
| Reforma de 1972 .....                   | 77 |
| La reforma constitucional de 1994 ..... | 78 |

**CAPÍTULO VII**  
**FUERZAS POLÍTICAS, 81**  
*por Juan Fantini*

|  |    |
|--|----|
| Las fuerzas políticas .....  | 81 |
| Las fuerzas políticas. Concepto y uso de la expresión .....  | 81 |
| Clasificación de las fuerzas políticas .....   | 82 |
| Opinión publica. Fuentes .....   | 83 |
| Ubicación como fuerza política y consideración. Temática general .....   | 83 |
| Historia de la expresión, del fenómeno y del concepto .....  | 83 |
| Consideración científica del fenómeno, diversidad de enfoques. Metodología .....   | 84 |
| El enfoque de la ciencia política: titularidad, contenido, caracteres .....  | 84 |
| Opinión pública y régimen político .....   | 85 |
| Caracterización de la opinión publica como fuerza política: formación, fuentes .....   | 85 |
| La opinión publica como fuerza política .....  | 85 |
| El proceso de formación de la opinión publica. Fuentes .....   | 85 |
| Factores de presión .....  | 86 |
| El problema del gobierno invisible y el tema de los grupos de presión y de los factores de poder .....   | 86 |
| Factores o grupos de presión y grupos de interés .....   | 87 |
| Caracterización de los grupos de presión .....   | 87 |
| Clasificación de los grupos de presión .....   | 87 |
| Dinámica de los grupos de presión. El "lobbying" .....   | 87 |
| Regulación jurídica de la actividad de los grupos de presión .....   | 88 |
| Los partidos políticos. Características y funciones de los partidos políticos. El rol de la oposición. Regulación constitucional de los partidos políticos ..... | 88 |
| Los partidos políticos .....   | 89 |
| Evolución de los partidos .....  | 90 |
| Clasificación de los partidos políticos .....  | 91 |
| Funciones de los partidos .....  | 92 |
| Sistemas de partidos políticos .....   | 92 |
| Régimen legal de los partidos .....  | 93 |
| Antecedentes legales de la reglamentación de partidos políticos en la República Argentina .....  | 94 |

**CAPÍTULO VIII**  
**LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS, 101**  
*por María Alejandra Closas*

|   |     |
|---|-----|
| Los derechos de primera generación .....                        | 101 |
| a) La cláusula de los derechos no enumerados o implícitos ..... | 105 |
| b) Las garantías institucionales del sistema republicano .....  | 106 |
| c) El principio de clausura y principio de legalidad .....      | 106 |
| d) Principio de razonabilidad .....                             | 106 |

|  |     |
|--|-----|
| e) La rigidez constitucional .....                                 | 107 |
| Segunda generación de derechos .....                               | 108 |
| 1) El proceso de difusión del constitucionalismo clásico .....     | 108 |
| 2) Proceso de democratización del constitucionalismo clásico ..... | 110 |
| Tercera generación de derechos .....                               | 119 |

**CAPÍTULO IX**  
**EL PROCESO DEL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO, 125**  
*por Sergio G. Sander*

|  |     |
|--|-----|
| 1. Situación política y antecedentes internacionales que influyeron en el orden patrio ..... | 125 |
| A) Situación europea .....   | 125 |
| I) Organización institucional de las Indias .....  | 126 |
| II) Funcionarios de gobierno .....   | 127 |
| III) Real Audiencia .....  | 127 |
| IV) Los Cabildos .....   | 127 |
| B) La Revolución Francesa .....  | 128 |
| C) Antecedentes americanos .....   | 128 |
| 2. Derecho patrio .....  | 128 |
| I) Situación y antecedentes nacionales .....   | 128 |
| 3. Los pactos pre-existentes .....   | 135 |
| El tratado del Cuadrilateral, del 25 de enero de 1822 .....                                  | 137 |
| El Pacto de Confederación Argentina del 4 de enero de 1831 .....                             | 139 |
| El Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de mayo de 1852 .....                        | 140 |
| 4. La Constitución de 1853/1860 .....  | 141 |
| 5. Su contexto .....   | 142 |
| 6. Reformas posteriores (ver asimismo Cap. VI) .....   | 144 |
| Las reformas posteriores, a la sanción de la Constitución de 1853/1860 .....                 | 144 |

**APÉNDICE JURISPRUDENCIAL, 147**

|   |     |
|---|-----|
| Caso "Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y Otros" .....          | 149 |
| Caso "Jorge Rodríguez — Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación" ..... | 184 |
| Caso "Carlos Santiago Fayt v. Nación Argentina" .....                     | 218 |

**Tonnes +**

## CAPÍTULO I

## OBJETO Y MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

*Walter F. Carnota*

## 1. PALABRAS INTRODUCTORIAS

Nos encontramos frente a una realidad primaria, que es el *estado*. La ciencia política ha brindado diferentes conceptualizaciones de lo que entiende por *estado*. Una de las definiciones más abarcativas sugiere que el *estado* es una comunidad jurídico-política organizada; empero, las más restrictivas lo identifican con el fenómeno del *poder*.

Como sea, la noción de "estado" involucra la idea de organización, de estructura o de ordenamiento de la relación política de mando y obediencia.

El *estado* se revela así como un dato político primario, pero también como dato jurídico. Esa organización que conlleva el *estado* se reviste y barniza de *juridicidad*; es simultáneamente, política y jurídica.

Dentro de las sectorizaciones que reconoce el ordenamiento jurídico, hay una rama que se ocupa de la instalación o inserción de la persona humana en el *estado*, la distribución de las magistraturas dentro del gobierno, la masa de competencias de cada órgano, etc. Y esa área del derecho es, ni más ni menos, que el *derecho constitucional*.

Lo dicho hasta aquí sirve para sostener que el derecho constitucional proporciona el necesario encuadre jurídico al fenómeno político.

De ese modo, los procesos políticos no marchan a la deriva, sin rumbo alguno. Por el contrario, hallan su canalización y cauce a través del *derecho constitucional*.

## 2. PERFILES DEL OBJETO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Podría aseverarse, como hace un sector de la doctrina (1), que el objeto de la ciencia del derecho constitucional es el estudio de las *instituciones políticas*.

(1) Así, p. ej., LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, tomo I, Buenos Aires, 1976, ps. 213 y 233, entre muchas otras.

To use ~~erectio~~

Así, muchas obras de la asignatura —sobre todo las originadas en Francia— comenzaron a adicionar al tradicional nombre del derecho constitucional, el aditamento de las *instituciones políticas* (2).

Dentro de este marco de análisis, una diferenciación que conviene tener presente es aquella que distingue entre *estructura constitucional* y *proceso constitucional*:

El primer concepto está dado por el entramado normativo-institucional. La presidencia, el gabinete, el congreso, la corte suprema, el consejo de la magistratura, el ministerio público, la defensoría del pueblo, son todas *estructuras constitucionales* argentinas. También lo son las universidades nacionales y las provincias.

A la inversa, el *proceso constitucional* se conecta estrechamente con la dinámica del poder político. Las transiciones, la democratización, la participación, la comunicación, son todos fenómenos que pertenecen a este grupo.

También dentro del derecho constitucional se ha propiciado establecer una porción dedicada a la parte dogmática de la constitución (Bidart Campos habló de un "derecho constitucional de la libertad") (3), mientras que otra gran área se ocupe de la parte orgánica ("derecho constitucional del poder").

En realidad, esta división (4) responde a la sistemática de la mayoría de los textos constitucionales, que exhiben un segmento *dogmático* (comprehensive de los derechos subjetivos) y otro *orgánico* (vgr., los órganos legislativo, ejecutivo y judicial). Ya el mundialmente famoso art. 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano lo anticipaba con claridad: "Toda sociedad en la que no estén declarados los derechos ni se dividan los poderes, carece de constitución" (5).

### 3. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Las fuentes del derecho constitucional son las formas o modos de manifestación de las normas jurídico-constitucionales, y comprende —según

(2) La bibliografía de esta tendencia es realmente muy copiosa. Valen algunos ejemplos: DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1970; HAURIOL, ANDRÉ, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, 1971; BURDEAU, GEORGES, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, 1981; JEANNEAU, BENOIT, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, 1991; en la obra de PARINI, PHILIPPE, *Les institutions politiques*, París, 1984, vemos que se suprime directamente en el título la locución "derecho constitucional".

(3) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, Buenos Aires, 2000, p. 291.

(4) Que no debe implicar inconexión o divorcio, como se observa con el art. 75 inc. 22, C.N.

(5) Para un estudio de este enunciado, véase TROPER, MICHEL, *L'interpretation de la déclaration des droits. L'exemple de l'article 16*, en "Droits" (*Revue française de théorie juridique*) núm. 8, París, 1988, p. 111 y ss.

Badeñi (6)— tanto los procedimientos de manifestación (*fuentes formales*) como los factores que determinan su contenido (*fuentes materiales*). Las formales, a su vez, se subdividen en directas o inmediatas (Constitución, leyes constitucionales y costumbre) e indirectas o mediáticas (jurisprudencia, doctrina, derecho comparado) (7).

Entre las primeras, y en un lugar central, hallamos a la propia constitución formal o documental. Obviamente, la primer fuente a la que acudirá el intérprete será a la *letra* y al *espíritu* del texto constitucional. Empero, ello de ninguna manera puede significar que todo el derecho constitucional se reduzca o se circunscriba al código fundamental.

Una de las aperturas más significativas que registra el derecho constitucional de fines del s. XX y comienzos del s. XXI es la *creciente aceptación de las fuentes oriundas del derecho internacional público*. En las últimas décadas, se ha verificado una creciente constitucionalización del derecho internacional (8), consistente en dotar a los tratados internacionales —sobre todo, a aquéllos que regulan aspectos concernientes a los derechos humanos— de una especial jerarquía dentro de la pirámide del orden normativo (9).

Las *leyes constitucionales* revisten un doble perfil. Desde una angulatura estrictamente formal, no se diferencian de la legislación ordinaria, o sea, han sido sancionadas por el Congreso y promulgadas por el ejecutivo con arreglo a los procedimientos paujados constitucionalmente. Empero, son *materialemente constitucionales* ya que los temas que regulan complementan al texto fundamental. Las leyes de amparo, hábeas corpus, de acefalía, de ministerios, de consulta popular, del consejo de la magistratura, del ministerio público, el código electoral, etc., revisten esta calidad, que en Argentina es una creación doctrinaria.

Otra fuente constitucional de suma relevancia, pero de naturaleza indirecta, es el *derecho judicial*. Los jueces, en nuestra concepción, no se limitan a ser "meros aplicadores de la norma legal" (los magistrados "boca de la ley" de los que hablaba Montesquieu), sino que al interpretar las reglas generales y abstractas introducen pautas y criterios de valoración que es menester computar. Por lo demás, el derecho constitucional registra célebres "creaciones

(6) Conf. BADEÑI, GREGORIO, *Derecho constitucional (Libertades y garantías)*, Buenos Aires, 1993, p. 49.

(7) A los fines estrictamente pedagógicos, hemos simplificado la temática de las fuentes del derecho, que cada vez más hunde sus raíces en la teoría constitucional. Conf. ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, 1992, ps. 131/132. Prueba de esta complejidad es que hay doctrina, p. ej., que distingue a las fuentes escritas (Constitución y leyes), no escritas (costumbre y principios generales del derecho) e indirectas (tratados internacionales y jurisprudencia). Véase así MERINO MERCÁN, JOSE FERNANDO; PÉREZ-UGUINA COROMINA, MARÍA Y PÉREZ SANTOS, JOSÉ M., *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, 1997, ps. 122/123.

(8) Conf. CARNOTA, WALTER F., *Constitución de la Nación Argentina, Comentario General*, Buenos Aires, 1995, p. 49.

(9) Las distintas soluciones pueden verse en BIDART CAMPOS, GERMAN J. y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, tomo I, Buenos Aires, 1998, p. 107 y ss.

"judiciales", como ser —entre nosotros— el control de constitucionalidad (al igual que en los Estados Unidos), las cuestiones políticas no judiciales, la acción de amparo y la doctrina de arbitrariedad de sentencias, por dar sólo algunos ejemplos.

La jurisprudencia es esencialmente dinámica, y permite en muchas ocasiones la adaptación de textos decimonónicos a la realidad actual.

Bien se ha dicho que: "La complejidad de la vida y las exigencias de una gran comunidad política no permite que la Suprema Corte se dé el lujo de establecer y luego aplicar mecánicamente reglas rígidas. Tampoco el lenguaje amplio existe en cualquier texto constitucional. No existe una interpretación literal del 'deberido proceso' ni de la 'protección igualitaria'. Esas palabras expresan valores en forma de principios. Son un mandato para que la Corte adapte esos valores a las condiciones cambiantes de la vida nacional, para encontrar el medio de su expresión que sustente su base y el sentido de la comunidad de tener una identidad moral coherente, al tiempo que respete las necesidades prácticas de la misma comunidad en un mundo complejo" (10).

También el *derecho consuetudinario* es una fuente del derecho constitucional (directa y no escrita). La costumbre, para originar derecho, requiere de dos elementos: uno de índole objetivo (la repetición de actos concordantes en el tiempo), y uno subjetivo (la convicción de la obligatoriedad jurídica de esas conductas).

Muchas cuestiones, tanto en el derecho constitucional argentino como en el comparado, son gobernadas por el derecho consuetudinario. Gran parte del proceso de revisión constitucional argentino descansa en prácticas consuetudinarias, dado que el art. 30 C.N. suministra tan sólo pautas mínimas. Una vasta porción de la constitución dispersa británica tiene su génesis en la costumbre, como también la tiene el crecimiento de atribuciones de la oficina presidencial en los Estados Unidos.

No todos los autores son contestes en aceptar la costumbre como fuente constitucional. En síntesis crítica, se ha argumentado que "desde una perspectiva de legitimidad política, resulta difícilmente admisible que puedan crearse normas fundamentales que no provengan de la voluntad de la comunidad, sino de la práctica de algunos órganos o poderes públicos. La creación de normas constitucionales por vía consuetudinaria supondría, de hecho, dejar en manos de unos pocos individuos la elaboración de normas fundamentales para la organización de la comunidad. Ello resulta especialmente inadmisible en el caso de la costumbre *contra constitutionem*, en que la voluntad de los constituyentes (de la comunidad política) se vería anulada por la conducta repetida de unos pocos individuos" (11).

(10) Conf. FARER, TOM., *Las obligaciones de la Corte constitucional en un estado democrático*, en AA.VV., "Seminario sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Buenos Aires, 1999, p. 49.

(11) Conf. LOPEZ GUERRA, LUIS, *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia, 1994, p. 67.

Claro está que hay fuentes materiales que revisten una importancia aún menor, al menos en cuanto a la fuerza vinculante de sus opiniones. La *doctrina* de los autores orienta a los constituyentes (recordemos a Alberdi), a los legisladores y a los jueces. Pero ello dependerá en gran medida de la solidez de las posiciones sustentadas, de la consistencia en el razonamiento empleado o de la cantidad de veces a que se acude a su autoridad (p. ej. los autores norteamericanos para la Corte Suprema argentina de las primeras décadas de la organización nacional).

El *derecho comparado* también puede ser útil debido a los factores arriba mencionados. La experiencia constitucional extranjera sirve en la medida en que permite plantearse problemas comunes y evaluar cursos alternativos de acción frente a determinadas encrucijadas (12).

#### 4. METODOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

##### 4.1. El método

Etimológicamente, *método* significa "camino a seguir". Desde el punto de vista científico, el método evoca al recorrido intelectual que emprende todo investigador. Facilita decisivamente la reconstrucción de sus pasos y es indicio cierto de que el conocimiento científico es un saber *ordenado y pautado*.

Pese a discusiones epistemológicas, puede afirmarse que existen dos grandes métodos: el *deductivo*, y el *inductivo*.

Como se sabe, el primero —usado fundamentalmente por las ciencias denominadas formales, como la matemática y la lógica— se caracteriza por partir de premisas generales, para arribar a conclusiones particulares. El ejemplo clásico de método deductivo lo configura la estructura lógica del *silogismo*.

Si aplicamos estas nociones al campo del derecho constitucional, advertiremos que las sentencias de los tribunales (la fuente del derecho judicial, que ya hemos visto) por lo general exhiben un diseño similar a un silogismo. Ejemplo: 1) El art. 99 inc. 3 C.N. prohíbe al presidente el dictado de decretos de *necesidad y urgencia* en materia *tributaria* (premisa mayor); 2) El P.E. ha dictado el decreto X de necesidad y urgencia creando impuestos (premisa menor); 3) El decreto X es inconstitucional (conclusión).

A la inversa, el otro gran método es el *inductivo*. Propio de las llamadas ciencias fácticas —como la biología o la medicina—, el inductivismo metodológico toma como punto de arranque al *dato individual y concreto*, para luego estar en condiciones de extraer o proyectar una conclusión más general.

(12) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, tomo I ya cit., cap. I.

Nuevamente, el derecho judicial puede proporcionarnos un ejemplo para el derecho constitucional. Si el tribunal A declara la inconstitucionalidad de la ley que consagra la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el tribunal B hace lo propio, el C también, y así sucesivamente, es dable concluir (13) que existe una regla de derecho judicial proclive a admitir tales planteos (14).

¿Cuál es la mejor metodología para emplear en el terreno del derecho constitucional? La respuesta no es unívoca. Como analizáramos, el derecho constitucional puede utilizar *indistintamente* el método deductivo, o el inductivo, o incluso a uno que combine a ambos (en cuyo caso lo denominaremos *método complejo*). La elección del método dependerá del investigador y del objeto a estudiar. Así, hay tópicos dentro del derecho constitucional, como p. ej. los propios de la teoría constitucional, que se compadecen más con un tratamiento metodológico deductivo que con uno inductivo.

Por el contrario, cuestiones atinentes a la dinámica constitucional, como ser el impacto o incidencia de los partidos políticos y factores de presión sobre los detentadores formales del poder, por lo general son encarados por vía inductiva. El indudable sustrato fáctico de tales fenómenos los torna especialmente aptos para la inducción.

#### 4.2. Técnica

Más próximas o cercanas al objeto de investigación que los métodos, nos encontramos con las *técnicas*.

De hecho, el método se descompone en una serie de opciones o alternativas, que son las técnicas. Conforman mecanismos de recolección de información ("data gathering"), que posteriormente será procesada por el método.

Una primer clasificación sugiere que deben discriminarse las *técnicas cuantitativas* de las *técnicas cualitativas*.

Las primeras tienen que ver, como su nombre insinúa, con el uso de modelos matemáticos o numéricos.

De menor atinencia en el derecho constitucional, irrumpieron en la ciencia política norteamericana a partir de la década de 1960.

El uso de estadísticas, encuestas de opinión, gráficos y cuadros comparativos se convirtió en prevalente, suscitando reparos aun para aquéllos que

(13) GUIBOURG, GHIGLIANI y GUARINONI destacan el carácter de meras "probabilidades" que establece el método inductivo, que pueden aparecer refutadas por la irrupción de un nuevo dato. Ver GUIBOURG, RICARDO A.; GHIGLIANI, ALEJANDRO M., y GUARINONI, RICARDO V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1991, p. 167.

(14) Ello es lo que aconteció con la posición asumida por la Corte Suprema argentina cuando en autos "Sejean c. Zaks de Sejean" (sentencia del 27 de noviembre de 1986) declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, precipitando la ley de divorcio vincular.

propiciaban una integración entre la ciencia política y el derecho constitucional (15).

Inversamente, las técnicas por excelencia en el ámbito del derecho constitucional son las de índole *cualitativa*. A diferencia de las anteriores, las segundas se orientan directamente hacia el *contenido* de los datos, y no hacia su capacidad de medición y de cuantificación.

El análisis de textos documentales, p. ej., es una herramienta muy útil para los constitucionalistas. Al indagar acerca de una constitución, v. gr. la argentina de 1853-1994, interesaría destacar las influencias doctrinarias, las filiaciones filosófico-políticas, los modelos seguidos, sin perjuicio de adentrarse en su sistemática y hasta en su estilo, tanto del instrumento original, como de sus reformas (16).

Otra clasificación separa las *técnicas de elaboración* de las de *interpretación*. Las primeras tienen que ver con el proceso previo al establecimiento de una constitución, y deben ser tenidas muy en cuenta por sus redactores. Hay, por ejemplo, técnicas constitucionales de elaboración que postulan la concisión y la brevedad por encima del excesivo declaracionismo, la claridad por sobre el barroquismo, y la precisión lexical contra las normas de textura muy abierta. Estas enseñanzas no siempre han sido acatadas (17).

Por otro lado, hallamos las famosas *técnicas de interpretación*, que aluden a las estrategias que el intérprete despliega para determinar el sentido y el significado de una norma constitucional (Remitimos al lector al Cap. II).

#### 4.3. Enfoque

Finalmente, y no por ello menos importante, consignamos a los *enfoques*. Éstos son los puntos de vista, ópticas, ángulos, perspectivas o visiones con que el constitucionalista aborda o se aproxima a tal o cual temática.

No es lo mismo, v.gr., estudiar la institución presidencial argentina desde un enfoque *histórico* (su tono caudillista, la incidencia del pensamiento alberdiano, los antecedentes norteamericanos de 1787 y chileno de 1833), que desde uno estrictamente *normativo* (el haz de competencias plasmadas en el art. 99 C.N.) o uno de cariz *filosófico-político* (¿está bien que el presidente no se someta al juego de responsabilidad política, a la inversa de lo que acontece con muchos titulares de ejecutivos europeos bajo un sistema parlamentario), o uno *comparativo* (¿tiene más atribuciones el presidente argentino, que sus pares de los Estados Unidos, Francia, Rusia y Sudáfrica?).

(15) Tal como lo postuló SEGUNDO V. LINARES QUINTANA en *Derecho constitucional e instituciones políticas*, ob. y tomo cits., p. 137.

(16) En tal sentido, la técnica constitucional desplegada al elaborar la revisión constitucional de 1994 no fue, precisamente, un dechado de virtudes, lo que llevó a German Bidart Campos a escribir un provocativo artículo periodístico —coetáneo a la sanción de la reforma— que llevaba por título "Ni mamarracho ni obra de arte". Conf. CARNOTA, WALTER F., *Constitución...*, ob. cit., p. 25.

(17) Un ejemplo al respecto lo brinda nuestro derecho público provincial, adjunto a la alta resonancia declamatoria.

## 5. RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS

Son múltiples las relaciones que entabla el derecho constitucional, con otras ramas del conocimiento científico:

### 5.1. Con la ciencia política

Durante el s. XX, hubo intentos de acercar —y hasta de fusionar— a ambas disciplinas, en una síntesis que algunos apodaron "ciencia político-constitucional" (18).

Sin renegar de proximidades y de estrechas vinculaciones entre las dos, Bidart Campos, en una pequeña obra especialmente dedicada a este tópico (19), concluyó en que ambas ciencias comparten el mismo objeto material (el estado o el régimen político); pero diverso objeto formal (el derecho constitucional brinda el encuadre jurídico al fenómeno político).

### 5.2. Con otras ciencias de la conducta (sociología, psicología social, antropología)

Aquellas escuelas que empujan al derecho constitucional al radio de acción de la ciencia política, hacen lo propio con otras disciplinas de la conducta humana, como la sociología o teoría de la sociedad, la psicología social y la antropología.

Linares Quintana, al bucear dentro de la escuela del "conductismo político" (20), se ubica en esta orientación.

No hay dudas tampoco, desde una tesitura iusfilosófica trialista que prioriza al sustrato de conductas contenidas en el llamado *mundo jurídico*, que hay fluido contacto entre el derecho constitucional y las ciencias de la conducta. Baste para ello evocar el tema de la *vigencia*, o de las *mutaciones constitucionales*, o de la *fuerza normativa de la constitución*, o de las fuerzas políticas que operan sobre el aparato gubernamental (Ver Cap. VII).

Por lo demás, no debe olvidarse que la constitución es ante todo *obra cultural* (21). Detrás de las constituciones documentales, hay un plexo de ideas, creencias, principios y valores que las vertebran, sustentan e imprimen sentido.

Las más de las veces, esas nociones fundacionales del régimen político se han volcado en los preámbulos y en los primeros artículos del texto.

(18) Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones...*, ob., tomo y p. cits. en nota 15.

(19) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Ciencia política y ciencia del derecho constitucional ¿unidad o dualidad?*, Buenos Aires, 1982.

(20) Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones...*, ob. y t. cits., p. 304.

(21) Conf. CARNOTA, WALTER F., *Reflexiones acerca del carácter incompleto de las constituciones*, ED, 127-733.

### 5.3. Con la economía

Sin postular una dependencia absurda, no debe desdenarse el aporte que desde la ciencia económica puede hacerse al derecho constitucional.

Hay autores que han pretendido explicar *procesos constitucionales a partir del dato económico*, como Charles Beard respecto de la independencia de los Estados Unidos (22).

Otros escritores han apuntalado, desde una base económica, al edificio constitucional, como Juan Bautista Alberdi, con su *Sistema Económico y Rentístico*.

## CAPÍTULO II

## INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

*Walter F. Carnota*

## 1. NOCIONES BÁSICAS

¿Qué es interpretar? Interpretar es buscar y asignar sentido a un enunciado normativo. Es una operación compleja que, paradójicamente, practicamos con mucha frecuencia.

En efecto, siempre se interpreta. Aquel adagio romano-medieval, "in claris non fit interpretatio", simplemente no es cierto. La operación intelectual de la interpretación no sólo se reserva para textos cimeros, como la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos jerarquizados con grado de fundamentalidad, o para momentos estelares; es un recurso habitual para cualquier persona interesada en el derecho.

El intento de desentrañar el sentido o significado de la norma nos lleva a identificar a su autor, a inquirir su voluntad psicofísica y a analizar cómo ese querer ha sido plasmado en el producto normativo correspondiente.

¿Por qué es tan importante para la teoría constitucional el acto de interpretar? Pues bien, antes de aplicar una norma, el juez o la agencia administrativa deben determinar su sentido. Pero todos interpretamos, no sólo los órganos estatales: Un jurista cuando escribe, un alumno cuando estudia, un abogado cuando litiga: todos nos abocamos a desentrañar significados, conformando una verdadera "comunidad interpretativa" (1).

## 2. CLASES DE INTERPRETACIÓN

Hay muchas maneras de interpretar, que pueden ser ordenadas a los fines expositivos del siguiente modo:

(1) La utilización de la noción de "comunidad interpretativa" es reiterada en la doctrina constitucional norteamericana. Ver, en ese sentido, la formulación de Fish, S., *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, 1980, o su uso en Kahn, RONALD, *The Supreme Court and Constitutional Theory 1953-1993*, Lawrence, Kansas, 1994, p. 9 y cc.

**A) Interpretación constitucional e interpretación legal o estatutaria:**

Un primer distingo nos lleva a diferenciar la "interpretación constitucional" de la estrictamente legal (o estatutaria, como se la llama en el mundo anglo-americano dado que a las leyes se las denomina "estatutos").

La interpretación constitucional evoca la búsqueda del significado de normas de rango o jerarquía fundamental (es decir, centralmente, el texto de la Constitución formal y de los tratados dotados de supremacía, lo que en otra parte de la obra desarrollamos como "bloque federal de constitucionalidad").

Una noción importante para subrayar: la interpretación constitucional, si bien tiene cánones propios —sobre todo los que provienen o se originan en Tribunales Supremos— no por ello deja de pertenecer al género "interpretación" que, como tal, es un problema de la teoría general del derecho.

**B) Interpretación de la Constitución e interpretación desde la Constitución:**

Muy relacionado con lo expresado anteriormente, Bidart Campos separa la "interpretación de la Constitución" de la "interpretación desde la Constitución".

En efecto, la primera "toma en cuenta las normas de la constitución formal; dirímos que las interpreta en sí mismas, y en su plano. La interpretación 'desde' la constitución desciende hacia abajo, o sea, hacia el plano infraconstitucional. Empieza valiéndose de la interpretación 'de' la constitución y, una vez que la ha efectuado, la proyecta a las normas inferiores a la constitución y la utiliza para interpretar, 'desde' la constitución, todo el resto del orden jurídico derivado" (2).

Para suministrar un ejemplo: un análisis del art. 19 de la constitución indagando sobre la noción de privacidad que indirectamente contiene, es una interpretación de la constitución. Por el contrario, investigar si las reformas laborales son constitucionales, conlleva una interpretación desde la Constitución.

Esta ha sido una noción muy trabajada tanto por los tribunales como por los autores españoles, imbuidos de la idea de la "fuerza normativa de la Constitución". Molas indica sobre el punto: "Todos los Jueces y Tribunales, en el momento de interpretar las leyes, deben hacerlo conforme a la Constitución y, por tanto, están obligados a realizar una interpretación de acuerdo a ella" (3).

**C) Interpretación auténtica, científica y judicial:**

La primera involucra la interpretación que en otra norma —o, eventualmente, en otra parte— hace el propio autor. En este sentido, toman peculiar relieve los diarios de sesiones legislativos o, en el caso que nos ocupa, de una Asamblea Constituyente.

(2) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, Buenos Aires, 2000, p. 372.

(3) Conf. MOLAS, ISIDRE, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1998, p. 224.

No nos debemos olvidar, en este orden de ideas y de experiencias, la cantidad de reformas constitucionales que se registran todos los años (v.gr. en el campo del derecho público provincial argentino). Este dato no es menor, puesto que la experiencia constitucional es reciente, y por ello es más factible rastrear la voluntad psicofísica de sus redactores.

Un segundo tipo de interpretación es la que realizan los expertos del derecho, llamada científica, especulativa o doctrinaria. Tiene una importancia indirecta, siendo de aplicación lo dicho al examinar a la doctrina como fuente del derecho constitucional. Así, el peso de la opinión de los autores —más allá de su formación intelectual o su solidez intelectual— tiene que ver con el grado de recepción por los operadores jurídicos oficiales (el legislador, el administrador, el juez).

Por último, la más trascendente es precisamente la interpretación *aplicativa* de la Constitución, o sea, la que despliegan los órganos encargados de actuar sus preceptos. Dentro de ella, asume un destacado papel la interpretación de los jueces, en especial de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales.

Reviste un cariz netamente práctico, procurando obtener respuestas a los casos concretos que se presentan.

**D) Interpretación objetiva y subjetiva:**

Un interesante debate se produce en la doctrina acerca del objeto de interpretación.

Así, para Bidart Campos es claro que la búsqueda del significado retrocede al autor de la norma. "La voluntad es del autor de la norma —hombre— y no de la norma —ente lógico—. Es esa voluntad real o histórica del autor de la norma, la que tiene que desentrañar el intérprete. Y es esa misma voluntad la que debe ser realmente respetada cuando el intérprete hace funcionar la norma" (4).

Otros autores, en cambio, como Molas (5), discrepan con esa posición: "La finalidad de la interpretación consiste en averiguar el sentido de la norma, no el propósito consciente de su autor. Una vez nacida la norma, ésta adquiere vida propia y se convierte en independiente de su autor. No se trata, por tanto, de interpretar la voluntad del legislador, sino de interpretar la voluntad de la ley, la *ratio legis*".

### 3. LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

**A) Indeterminaciones semánticas y sintácticas**

*I. Vaguedad*

El lenguaje constituye la "materia prima" del derecho (como ocurre en otras ciencias, como en la lexicografía).

(4) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental...*, ob. cit., p. 374.

(5) Conf. MOLAS, ISIDRE, *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 221.

Se observa que el lenguaje natural presenta muchas palabras en donde existe falta de precisión en el significado.

El lenguaje jurídico en general, y el constitucional en especial, no es excepción.

Adviértase, p. ej., la latitud expresiva de los conceptos "representativo", "republicano" y "federal" que sirven para calificar a nuestra forma gubernativa a tenor del art. 1 de nuestra Constitución. Otro ejemplo que da Carlos Nino (6) se refiere al significado de "industria lícita", que se consagra en el art. 14 (podríamos agregar también los problemas que exhibe el derecho de asociarse "con fines útiles").

¿Qué es "armarse en defensa de la patria"? ¿Implica necesariamente una actuación militar o castrense, empuñando armas reales? ¿Puede quedar satisfecha esta exigencia con un servicio sustitutorio de tipo civil, como se discutió en el famoso caso "Portillo" del año 1989 (7)?

La reforma constitucional de 1994, tal como lo destacamos en otro lugar (8), exhibe una marcada tendencia a las "cláusulas de textura abierta": ¿Qué es "ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano" (art. 41)? ¿En qué consiste "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social" (art. 75, inc. 19)? ¿Qué es "proveer al crecimiento armónico de la Nación" (íd.)? ¿Qué son las "medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato" (art. 75, inc. 23)?

Cabe resaltar que la jurisprudencia constitucional, tanto en Argentina como en otros lados, ha echado mano a nociones tales como "razonabilidad", "devido proceso", "protección igualitaria ante la ley", que son notoriamente amplias y que requieren de permanente pormenorización (9).

Probablemente, la que se lleve todos los premios es la fórmula utilizada en la cláusula transitoria primera cuando, luego de ratificar el reclamo argentino sobre las Islas Malvinas, consigna que se respetará "el modo de vida de sus habitantes".

Los tratados internacionales jerarquizados con el rango constitucional de 1994 son en sus cláusulas generalmente vagos, pues han tenido que conciliar la adhesión de una cantidad de Estados signatarios.

El símil que se colaciona de Genaro Carrió es particularmente apto: "El significado de las palabras, pues, suele presentarse —según una clásica com-

(6) Conf. Nino, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1992, p. 90.

(7) Las distintas posiciones de dicha decisión en Fallos: 312:511 y 518.

(8) Conf. CARNOTA, WALTER F., *Constitución de la Nación Argentina. Comentario General*, Buenos Aires, segunda edición, 1998, p. 25.

(9) Ver lo afirmado en relación con la jurisprudencia como fuente del derecho constitucional en el Cap. I.

paración— con una luz proyectada sobre una superficie. Habrá una parte claramente iluminada en el centro, y en torno seguirá reinando la oscuridad" (10).

## II. Ambigüedad

Esta característica del lenguaje se presenta cuando el vocablo en cuestión tiene dos o más significados.

Clásicamente, se suministra —en el campo estrictamente constitucional— el ejemplo del verbo "sostener" que consagra el art. 2 de nuestra Constitución (11).

Así, recuérdese que el aludido art. 2 señala que: "El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano".

La doctrina constitucional se divide en dos sectores respecto del sentido de esta cláusula. Un grupo piensa que el sostenimiento a que hace referencia la norma es puramente pecuniario, desde que hay una partida en el presupuesto nacional destinada al culto. Otros, en cambio, interpretan que el sostenimiento es de tipo moral o espiritual, dada la preferencia religiosa de la mayoría de los habitantes de nuestro país.

Pero pensemos otros ejemplos de ambigüedad constitucional.

El inciso 22 del art. 75, al contemplar los tratados internacionales con jerarquía constitucional, entiende que los allí mencionados ostentarán esa supremacía en las condiciones de su vigencia, sin derogar artículo alguno de la primera parte y que deben "entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Pues bien: la expresión "complementarios" ha servido para que se sostengan varias posiciones. Bidart Campos entiende que "complemento es lo que hace falta agregar a una cosa para que quede completa, pero no lo que se ubica en un plano secundario respecto de otro superior" (12). Otros autores asignan a la idea de complementariedad un significado distinto: Así, Rodolfo Barra indica que "los 'nuevos' derechos son culminación de los primeros treinta y cinco artículos; no su abrogación, por lo que si el intérprete no puede alcanzar un sentido 'integrador' de las normas en juego, habrá de primar aquella de la parte dogmática" (13).

Hay varios incisos del art. 99 que usan la palabra "acuerdo" con un significado parcialmente distinto. En efecto, el inciso tercero, al prever los decretos de necesidad y urgencia, estipulan que "serán decididos en acuerdo ge-

(10) Conf. GUIBOURG, RICARDO A.; GHIGLIANI, ALEJANDRO M. y GUARINONI, RICARDO V., *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1991, p. 49, con cita de CARRIÓN, GENARO R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1965, ps. 31/32.

(11) V. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 92.

(12) V. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Traité Elemental...*, ob. cit., p. 417.

(13) Conf. BARRA, RODOLFO CARLOS, *Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales*, en ROSATTI, HORACIO D. y otros, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe/Buenos Aires, 1994, ps. 187/188.

neral de ministros que deberán refrendarlos", mientras que el inciso cuarto, el séptimo y el décimo tercero prescriben la necesidad del "acuerdo del Senado" para determinadas designaciones.

Si nos ubicamos en el plano sintáctico, es decir, no sólo en la interpretación de cada vocablo sino de la proposición que configura el enunciado normativo y sus conexiones, observamos cómo el art. 19 de la C.N., al hablar de las "acciones privadas de los hombres", que "de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas" y que no "perjudiquen a un tercero", podría estar suministrando visiones alternativas de las acciones autorreferentes, base de sustentación del derecho a la privacidad.

### B) Indeterminaciones lógicas

#### I. Las lagunas del derecho

Pese a las pontificaciones del positivismo jurídico de cuño normativista, el ordenamiento normativo no está cerrado o completo, sino que exhibe vacíos o huecos, situaciones que no han sido contempladas o reguladas. A esto se refiere la problemática de las "lagunas del derecho".

Empero, el jurista no puede conformarse con la constatación de una "laguna" jurídica, debe resolverla encontrando el precepto que gobierne el caso. Para ello, no debe recurrir a la interpretación, sino a otro procedimiento denominado "integración".

La diferencia entre un mecanismo y el otro es harto evidente. El presupuesto de la interpretación es la existencia de una norma, que hay que buscar su sentido o significado. Por el contrario, en el caso de la integración, hay una falta o carencia de normas que hay que subsanar.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene dos artículos que, si bien no tienen supremacía constitucional sino rango tan sólo legal, ayudan decisivamente en esta cuestión. En efecto, el art. 15 del Código Civil preceptúa que: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

¿Qué hacer en el trance de deber resolver, y no tener norma que regule el tema? El art. 16 del Código Civil ya citado estipula: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

Si trasladarnos estas directivas a nuestra materia, vemos que una vez agotadas las posibilidades de la interpretación, debe acudirse a la integración por medio del recurso a la analogía y a los principios jurídicos generales.

#### II. Las contradicciones

Un ejemplo de cláusula contradictoria, es decir de incompatibilidad de directivas incluidas en el mismo precepto, la vemos en la norma del nuevo

art. 86 que establece la institución de la Defensoría del Pueblo. En efecto, el enunciado señala que es un órgano "independiente", y a renglón seguido lo emplaza "en el ámbito del Congreso de la Nación", quien procede a su designación y remoción. Si se quiso significar "autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad", el mismo artículo insiste redundante sobre ello a continuación.

Por lo demás, ¿quién es el jefe de la administración pública, luego de la reforma de 1994? Por un lado, el art. 99, inc. 1 nos habla de que el Presidente es "jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país", mientras que, por el otro, el art. 100, inc. primero, consigna que incumbe al jefe de gabinete de ministros "ejercer la administración general del país". Para aquellos que crean ver la diferenciación entre una jefatura política a cargo del presidente, se les recuerda la responsabilidad del jefe de gabinete de ministros frente al Congreso de la Nación.

Se han estructurado ciertos criterios o principios-guía de solución para los frecuentes casos de conflictos o contradicciones normativas:

a) *Lex superior*: De importancia clave en el derecho constitucional, cimentado en la noción de la supremacía de la Constitución y de su corolario que es el control de constitucionalidad de leyes y reglamentos.

A partir de la reforma de 1994, el llamado "bloque federal de constitucionalidad" (Constitución y tratados constitucionales) predominan sobre el derecho "infraconstitucional".

b) *Lex posterior*: Este cartabón preconiza la prevalencia de la última norma dictada en el tiempo, pues cree en la evolución y mejora progresiva de las instituciones jurídicas.

En el campo del derecho constitucional, con anterioridad a Fallos: 315:1492, la Corte entendía que el tratado posterior derogaba a la ley interna anterior, y que la ley interna posterior derogaba al tratado anterior. La sentencia ya referida y el nuevo art. 75 inc. 22 incorporado en 1994 dejaron sin efecto a esa tesis.

c) *Lex specialis*: Recuérdese que este parámetro indica que la norma especial controla a la general, puesto que su autor ha meritado determinadas situaciones puntuales para su dictado.

#### III. Las redundancias

Es muy pertinente el caso que colaciona Carlos Nino del juicio por jürgos que, a falta de una, está mencionado tres veces (arts. 24, 75 inc. 12 y 118) en nuestro texto constitucional formal, sin que haya logrado en casi 150 años de experiencia institucional su vigencia práctica. Tal como agudamente agrega el citado autor, "¡no por mucho repetir se logra mayor obediencia!" (14).

(14) Conf. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 97.

#### 4. TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN

##### A) Principales tipos. Jurisprudencia

El derecho constitucional ha desarrollado una serie de técnicas de interpretación (v. Cap. I de esta obra), al diseñar mecanismos o procedimientos para procurar desentrañar el significado de las normas fundamentales. Cuando el uso de una determinada técnica es repetido y consolidado en la experiencia, estamos en presencia de un paradigma de interpretación.

La jurisprudencia de los tribunales de todo el mundo ha elaborado una cantidad bastante considerable de reglas interpretativas. Para nuestro propósito, haremos referencia a alguna de ellas, correlacionándolas con el derecho judicial emergente de nuestra Corte Suprema federal:

##### I) Interpretación finalista:

Aquí estamos en presencia de un esquema de cosas donde se privilegian los *fines, metas u objetivos* que tuvo en mira el autor de la norma.

En tal sentido, el intérprete no debe contentarse con la fría letra del precepto, sino que tiene que engarzarlo con su finalidad.

Se ha dicho que "es principio de hermenéutica jurídica que, en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma" (15), dado que "el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador" (16).

El énfasis puesto en la teleología de la norma nos remite a la polémica de que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de conductas y de normas, sino también de *valores* que es necesario descubrir.

Así, en el estudio de todo orden constitucional, deviene imprescindible identificar o detectar aquellos principios, valores, fines, ideas-fuerza o conjunto axiológico que le dan vida. En el ámbito del derecho comparado —y también del nuestro—, se constata como los preámbulos sirven para introducirnos en las ideologías constitucionales (17).

Cabe destacar también que el recurso a los fines nos indica cuándo estamos en presencia de un "juez valoralista", es decir, a aquel operador jurídico que le interesa imbuir a su sentencia del plexo de fines tenidos en cuenta por los autores de la norma, en contraposición con el "juez formalista", que sólo se ocupa del rigor de los razonamientos lógicos.

(15) Fallos: 283:206; 285:322; y 298:180.

(16) Fallos: 150:160; 200:176; 210:541; 281:146; 299:167, donde se puede entender al "legislador" en sentido lato, comprensivo también del constituyente o legislador constitucional.

(17) V. BIDART CAMPOS, GERMÁN J. y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo II, Buenos Aires, 2000, p. 205.

##### II) Interpretación semántica:

También se la suele conocer como "interpretación literal" o "interpretación gramatical".

Bien se ha dicho, empero, que esta técnica interpretativa no agota su cometido en la literalidad, sino que se proyecta al campo lógico. En ese orden de ideas, Badeni (18) subraya que: "Para aplicar la interpretación semántica, el intérprete debe conocer perfectamente el idioma utilizado en la Constitución, el significado que tenían las palabras al ser redactada la Ley Fundamental y el sentido que en ese momento le atribuían los constituyentes. También deberá disponer de una información detallada acerca de los hábitos intelectuales y el estilo de redacción que tuvieran los autores de la norma, y un pleno conocimiento sobre el tema tratado por las palabras que se interpretan, sus antecedentes históricos y su razón de ser. Es decir, en definitiva, *que para la interpretación semántica el conocimiento gramatical no es suficiente*" (énfasis agregado).

Si bien, entonces, parecería que la interpretación semántica (19) se da en los casos fáciles, donde los términos son claros y el examen sencillo, ello no es así, puesto que deben coordinarse de manera lógica las palabras escogidas por el legislador constitucional.

##### III) Interpretación Sistemática:

Se ha afirmado que "la interpretación del instrumento político que nos rige no debe hacerse poniendo las facultades enumeradas por él para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que le dio vida. La Ley Fundamental es una estructura sistemática, sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse que no se altere el equilibrio del conjunto" (20).

Por lo demás, "la Constitución Nacional constituye un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente" (21), que "debe ser analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás" (22).

##### IV) Interpretación Dinámica:

Esta técnica procura analizar el material constitucional, adaptándolo a las circunstancias del tiempo presente.

(18) Conf. BADENI, GREGORIO, *Derecho Constitucional (Libertades y Garantías)*, Buenos Aires, 1993, ps. 132/133.

(19) Recuérdese que nuestra Corte ha dicho que "la interpretación de la Constitución debe atenerse a su letra y a su tenor literal" (Fallos: 95:334 y 120:399).

(20) Fallos: 181:343.

(21) Fallos: 298:200; 256:241; 258:627.

(22) Fallos: 296:432; 302:355; 310:2733.

No detiene la interpretación constitucional al tiempo de su sanción, pues considera que la Ley Fundamental ha sido suficientemente sabia y previsora como para abarcar las hipótesis que se presentan hoy en día. De lo contrario —sostiene— la empresa interpretativa carecería de sentido, puesto que estaría al servicio de una sociedad (p. ej. la argentina del s. XIX) que ya no existe más.

Expresa Linares Quintana: "La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de ser interpretada" (23).

Se ha afirmado que la verdadera interpretación constitucional "no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación" (24).

#### B) Técnicas o reglas subsidiarias de interpretación

##### I) La razonabilidad

Todos los tribunales, y con mucha frecuencia nuestra Corte Suprema de Justicia, recurren a la pauta de la razonabilidad para dirimir conflictos interpretativos.

Con la evocación de la razonabilidad, se quiere significar un principio de justicia o de no arbitrariedad. Concretamente, se ha procurado definirla como aquella proporcionalidad existente entre el medio elegido y el fin perseguido.

La razonabilidad juega un papel muy importante en el discurso constitucional, en especial en orden a la reglamentación de los derechos subjetivos de las personas.

##### II) Los derechos implícitos

La noción de los derechos implícitos nos dice que "los derechos que se declaran, expresan o manifiestan no agotan el arsenal de derechos, que pueden derivarse a posteriori" (25).

Ello quiere significar que el catálogo de derechos que contiene la parte dogmática no es cerrado ni se clausura a la indagación de otras facultades

(23) Conf. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo I, Buenos Aires, 1976, p. 368.

(24) Fallos: 178:22.

(25) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, ob. y tomo cits., p. 12.

subjetivas en la medida, en el caso de nuestra Constitución, que nazcan "del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (art. 33, "in fine").

Ahora bien, nuestra cláusula, incorporada en 1860 al plexo constitucional, tomó como basamento a la Enmienda Novena de la Constitución de los E.E.UU. Y dicho precepto, se ha interpretado con acierto, "no crea ningún derecho por su propia fuerza. Aquellos que hablan de los 'derechos de la Nueva Enmienda' están incurriendo en una suerte de error de categorías. La Nueva Enmienda ni crea ni confiere derechos; es una regla de interpretación. De hecho, es la *única* regla de interpretación *explícitamente* declarada en la Constitución. Le dice a cada lector: cualquier cosa que diga para explicar por qué el concepto de 'libertad' no incluye el derecho de la abuela de vivir con su nieto... no *puede* avanzar el argumento de que esos derechos no están allí porque no están enumerados en la Declaración de Derechos" (26).

##### III) La presunción de validez de los actos gubernativos

Muchos ordenamientos señalan de manera más o menos expresa que las acciones de los poderes públicos —las leyes, los actos administrativos— gozan de una "presunción de validez", precisamente por emanar de órganos oficiales del Estado.

Ello, empero, no debe conducirnos a conclusiones equivocadas. Como bien puntualizó el juez de la Corte Suprema norteamericana Harlan Fiske Stone en su famosa nota núm. 4 de su voto en la causa "United States v. Carolene Products Co." del año 1938, la presunción puede llegar a ceder cuando la legislación atacada aparentemente viola una prohibición constitucional específica, o cuando esas leyes se dirijan contra "minorías insulares". En esos casos, señaló el magistrado, el escrutinio judicial debería ser más estricto.

##### IV) Las pautas de interpretación que provienen del derecho internacional de los derechos humanos

El hecho capital de que Argentina elevó al rango constitucional diez documentos internacionales de derechos humanos (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), conlleva considerar la existencia de estándares interpretativos insertos en dichos instrumentos.

Si analizamos, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (popularmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica), advertimos que su art. 29, inc. b), prescribe que ese tratado no puede ser interpretado "para limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados".

(26) Conf. TRIBE, LAURENCE H., y DORF, MICHAEL C., *On reading the Constitution*, Cambridge, 1991, p. 54.

Bidart Campos cree derivar la regla "pro homine" (es decir, la interpretación a favor de los derechos de la persona humana) de tal disposición, en cuanto "aseverar que hay que aplicar la norma 'menos limitativa' es equivalente a afirmar que debe aplicarse la norma 'más favorable' por su amplitud en pro de cada uno de los derechos, dondequiera se encuentre esa norma y cualquiera sea su fuente" (27).

Desde el terreno procesal constitucional, ello parecería tener reflejo en la regla complementaria "in dubio pro actione" (o sea, en la duda a favor de la acción entablada por el justiciable) en cuanto hay diversos preceptos del derecho internacional de los derechos humanos, hoy jerarquizados constitucionalmente, que facilitan el recurso judicial (así; p. ej., arts. 8 y 25, Pacto de San José de Costa Rica).

#### 5. PARADIGMAS INTERPRETATIVOS: ORIGINALISMO Y NO-INTERPRETATIVISMO

Desde la década de los ochenta hasta nuestros días, se ha desatado en los Estados Unidos una muy interesante polémica constitucional (doctrinaria y jurisprudencial), no exenta de aristas políticas, en torno del alcance de la *interpretación de la Constitución*.

Al respecto, hay muchas posiciones, que simplificadamente pueden esquematizarse en dos:

##### A) Originalismo:

Esta escuela también se la conoce como interpretativismo, o jurisprudencia de la intención originaria de los Padres Fundadores. Al decir de Burt (28), sostiene "que la fidelidad estricta a la intención original de los autores del texto constitucional proporciona la única base justificable para la interpretación de la Constitución".

Se dice sobre el particular que esta corriente "postula que la Constitución debe ser interpretada de acuerdo con el significado original de su texto a la sociedad que la redactó y ratificó, tal como puede discernirse de sus palabras, estructura e historia" (29).

El originalismo toma a la letra de la Constitución como si fuera una suerte de Biblia laica, congelando el alcance de sus preceptos hacia fines del s. XVIII cuando se adoptó la Constitución de Filadelfia.

Rechaza la actividad de la judicatura y asume una posición política conservadora.

(27) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental...*, ob. y tomo cts., p. 391.

(28) Conf. BURT, ROBERT A., *Constitución y Conflicto*, prefacio de Andrés J. D'Alessio, Buenos Aires, 2000, p. 27.

(29) Conf. MARKMAN, STEPHEN J., *Interpretation and Non-Interpretation*, en "Benchmark", vol. III, núms. 4 y 5, Cumberland, Virginia, Julio-octubre de 1987, p. 219.

##### B) No-interpretativismo

Por el contrario, quienes se enrolan en esta tesitura entienden que "la intención original constituye una guía poco útil, y probablemente inescrutable, y que, por el contrario, la interpretación de la Constitución puede derivarse de la interpretación que hicieron los jueces de los 'valores fundamentales'..." (30).

Cree fuertemente en la habilidad del juez como "ingeniero social", dotado de suficiente capacidad como para inducir las pautas centrales en una sociedad determinada en un tiempo dado. Postula una jurisprudencia dinámica basada en los valores.

Esta postura tuvo mucho auge en los Estados Unidos en la década de los cincuenta, sesenta y tempranos setenta, cuando el Tribunal Supremo amplió notablemente el catálogo de derechos subjetivos a partir de la interpretación de la Constitución.

(30) V. BURT, ROBERT A., ob. cit., ps. 27/28.

## CAPÍTULO III

## CLASES DE CONSTITUCIONES

*Walter F. Carnota*

## CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

El planteo que contiene el título es, a no dudarlo, vasto, como que todos los autores en todas las épocas del derecho constitucional han procurado dar respuesta adecuada, convirtiendo a la noción en sumamente polémica, sobre todo teniendo en cuenta su relevancia política.

Desde un punto de vista diacrónico o histórico, cabe señalar que el primer concepto de constitución que surgió fue el de *constitución formal*. En efecto, el constitucionalismo clásico o liberal de fines del s. XVIII, en su afán por codificar los logros de las llamadas "Revoluciones Atlánticas" (la revolución norteamericana de la emancipación de 1776; la revolución francesa de 1789), volcaron sus directivas en libros que respondían a los cánones de la sistemática racionalista de la era.

La constitución de Filadelfia de 1787, o las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, respondieron a este esquema, el cual se expandió notablemente en el s. XIX al resto de Europa y a América Latina, y durante el s. XX a prácticamente todo el mundo.

Centralmente, las constituciones se convirtieron en documentos dotados de supra-legalidad (art. 6, cláusula segunda, Constitución de los EE.UU.), en donde debían garantizarse los derechos y determinarse la división de los poderes (los llamados "mínimos constitucionales" insertos en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

Con el notable desarrollo que adquirieron las ciencias sociales a lo largo del s. XIX, en especial la sociología y la economía, se advirtió que la definición puramente formal de constitución resultaba insuficiente. Es que esa visión era demasiado estrecha, ya que desdeñaba en su aséptico legalismo al funcionamiento real y concreto de las fuerzas políticas operantes.

Es así como ya en 1862 Fernando Lasalle consigna que "la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen" (1). Casi treinta años antes, Tocqueville había formulado agudas observaciones sobre el régimen político de los Estados Unidos en su

(1) Conf. LASALLE, FERDINAND, ¿Qué es una Constitución?, Buenos Aires, 1984, p. 70.

famosa "De la Democracia en América" (2), en una pionera aproximación al estudio realista del derecho constitucional.

El espectacular despegue que logran los estudios políticos hacia mediados del s. XX (3) confirman los hallazgos reseñados. Al lado de la estructura formal del poder, representada por el gobierno y sus cuerpos de funcionarios públicos, se podía constatar la existencia de una constelación de fuerzas políticas operantes: "gobierno invisible", "proceso del poder", "proceso gubernamental".

Hacia fines de la Segunda Guerra Mundial, se procura integrar ambos enfoques —el formal y el material o real— por medio de la escuela francesa de las instituciones políticas. Así, el núcleo central del derecho constitucional no va a ser sólo la normativa del derecho público, sino su encarnadura en la realidad a través de la matriz institucional, conformándose así los "régimes políticos".

A partir de todos estos aportes, la constitución va a dejar de ser sólo la norma fundamental de organización del estado, para proyectarse al campo de las conductas de los detentadores y de los destinatarios del poder.

O sea, que al abordar el estudio de una Constitución determinada, detectamos la presencia de una base empírica de conductas que cristalizadas, se ven reflejadas en normas de rango supremo.

En las últimas décadas, empero, a ese sustrato fáctico captado por entes lógicos (normas) se ha venido a adicionar un tercer elemento, que son los valores. Vimos, al examinar la interpretación de la Constitución, cómo muchas veces no sólo se intenta buscar el significado de la normativa de manera aislada, sino también de rastrear los principios y los valores informantes de la misma (p. ej., en la interpretación teleológica o finalista).

Si tuviéramos, entonces, que ensayar una explicación de los contenidos de una definición de Constitución, diríramos que es —junto con la corriente del trialismo jurídico— un orden fundamental consistente en tres dimensiones: las conductas, las normas y los valores. La constitución *formal* es un conjunto sistemático de normas escritas. En cambio, la constitución *real o material* equivale a un orden de conductas que en clave sociológica organizan al estado. Así, la constitución "material" equivale o es igual al "régimen político" (4).

#### LOS TIPOS DE CONSTITUCIÓN: RACIONAL-NORMATIVA, HISTÓRICO-TRADICIONAL Y SOCIOLOGICA.

Intentaremos a continuación estudiar los distintos tipos de Constitución. En efecto, se pueden elaborar —por abstracción— diversas conceptuali-

(2) V. De Tocqueville, ALEXIS, *Democracy in America*, Garden City, New York, 1969.

(3) Como se evidencia, p. ej., en PRÉLOT, MARCEL, *La Ciencia Política*, Buenos Aires, 1976, p. 53 y ss.

(4) Para el desarrollo de estas nociones, véase BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, Buenos Aires, 2000, capítulo I.

zaciones de lo que se entiende por Constitución, sobre la base de ciertos denominadores comunes que otorgan un perfil propio a cada grupo. Para ello, usamos la tipología más conocida, que es la debida a Manuel García Pelayo (5):

#### A) El tipo racional-normativo:

Postula que la constitución es un conjunto de normas emanadas de la razón. Así, la razón humana es todopoderosa para moldear cualquier régimen político. Tiene plena capacidad para la ideación y planeación de cualquier estado. No interesan situaciones concretas, ni tradiciones, ni personas. La razón puede suplir cualquier coyuntura, dado que formula enunciados normativos abastecidos de suficiente abstracción y generalidad como para ser aplicados en todo tiempo y lugar.

La constitución racional-normativa se da en un momento y para siempre. Tiene vocación de perdurabilidad; si hay que realizar cambios, los mismos deben canalizarse con arreglo a los procedimientos constitucionales.

Este tipo constitucional, remarca García Pelayo, se vincula con la filosofía iluminista propia del s. XVIII; con la racionalización y despersonalización del poder (gobierno de las leyes y no de los hombres); con el liberalismo como forma política (lo cual, pese a su pretendida asepsia, la transforma en una noción no neutral) y con el capitalismo como modo de organización económica.

#### B) El tipo histórico-tradicional:

Aparece como oposición polémica al anterior, con fuertes matices historicistas (en contraposición al racionalismo) y conservadores (contrariamente al liberalismo).

Considera que la constitución es una estructura producto de una lenta evolución histórica. No hay un solo acto que condense la voluntad constituyente. Por el contrario, la constitución es producto de innumerables situaciones concretas y puntuales que resisten reducirse a la unidad.

Claramente, el antagonismo entre los dos tipos se ve en la dicotomía entre derecho escrito y derecho consuetudinario. Mientras que el tipo racional-normativo cree fervorosamente en la creación legal, el tipo tradicional-historicismo sostiene, como Edmund Burke, que las libertades son heredadas.

#### C) El tipo sociológico:

Se vincula con el "ser" de la sociedad, no con su "deber ser" como el concepto racional-normativo. Se preocupa por la infraestructura social, por la positividad de las conductas y el efectivo cumplimiento de las normas. Mien-

(5) Para un despliegue exhaustivo, recírrase a GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1961, capítulo II.

tras que el tipo racional-normativo se relaciona con la idea de validez, y el histórico-tradicional evoca la noción de legitimidad, el concepto sociológico reclama la *vigencia* de las instituciones. Desdeña su aspecto jurídico-formal, otorgando preeminencia a los comportamientos insititos en la realidad social.

Debe destacarse que en sus distintas variantes, este tipo ha servido de crítica a la constitución liberal burguesa tanto por parte del conservadurismo como por el socialismo.

#### ¿A qué tipo pertenece la Constitución Argentina de 1853-1994?

Muchas veces se nos pregunta en clase en cuál de estos tipos puede enrolarse la Constitución Nacional.

Es sabido que la Constitución de 1853 fue, en definitiva, una síntesis o amalgama entre razón e historia. En efecto, si bien por un lado estaba presente el deseo de atraer contingentes inmigratorios (como se ve en el preámbulo, en el art. 25 o en el entonces art. 67 inc. 16), es decir, *se miró al porvenir*, no por ello se desdeñó la historia, como atestigua el mismo preámbulo que invoca a los pactos preexistentes, o el art. 2 acerca de la confesionalidad del estado, o en la prohibición de facultades extraordinarias y suma del poder público (art. 29).

Si una línea doctrinaria preconizaba, entonces, hasta 1994, que nuestra Constitución de 1853-1860 se encaballaba entre los tipos racional-normativo e histórico, puede complementarse ese punto de vista diciendo que en 1994 también se acopló el sociológico.

Debe quedar en claro que en esa fecha se encaró una reforma (si bien vasta) y no "una nueva Constitución". Aunque con tonalidades diversas, que responden a tradiciones constitucionales divergentes (v.gr. la norteamericana con la europea de la segunda post-guerra), los textos remanente de 1853-1860 y de 1994 no son antagonicos, sino que responden al mismo eje vertebral, "techo ideológico" o "idea de derecho". Por lo demás, decimos que se acopla el enfoque sociológico, en la medida en que se procura integrar a grupos desventajados (v.gr. el art. 75 inc. 17 sobre los "pueblos indígenas argentinos" o su inc. 23 cuando habla de medidas de acción positiva respecto de "los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"), se derogan las discriminaciones en razón de la religión contenidas en el anterior art. 76 y se intenta frenar el desborde hiperpresidencialista, con base en los datos que suministraba a ese momento un análisis de la sociedad argentina.

### LAS CLASIFICACIONES DE CONSTITUCIONES

#### A) Clasificaciones tradicionales

I) Constituciones codificadas y dispersas: Originariamente, esta dicotomía se refería a "constituciones escritas" y "no escritas". Empero, el derecho

constitucional avanzó en la precisión de la clasificación, puesto que ninguna constitución es totalmente no escrita. La idea de dispersión implica que las normas fundamentales no se hayan reunido en un sólo cuerpo orgánico o sistemático ("constitución codificada", que equivale a la "constitución formal" estudiada precedentemente, como la de Argentina o la de los Estados Unidos).

Generalmente, se cita como ejemplo la constitución británica. Precisamente, ésta tiene elementos escritos (como la Carta Magna de 1215, o el "Bill of Rights" de 1689), junto con ingredientes típicamente no escritos (como el "common law" o las convenciones constitucionales) (6). Otros ejemplos de "constitución dispersa" lo configuran Israel y Arabia Saudita (7).

II) Constituciones rígidas y flexibles: Es otra de las clasificaciones más célebres, debida a la pluma del autor irlandés James Bryce en sus densos "Studies in History and Jurisprudence" del año 1901 (8). La división apunta aquí a la dificultad en el procedimiento de reforma constitucional. Las constituciones formales se asientan sobre la premisa de la diferenciación entre el poder constituyente y el poder constituido. Y las revisiones sólo son admitidas de acuerdo con los mecanismos previstos en la propia constitución. La "rigidez" se erige en garantía complementaria, junto con el carácter escrito y supraregal.

Por el contrario, las constituciones flexibles pueden cambiar evolutivamente, por el mero transcurso del tiempo. De nuevo, el ejemplo de la constitución de Gran Bretaña salta a la vista. Al no existir divergencia entre el poder constituyente y el poder constituido, los contenidos constitucionales pueden variar de manera sencilla y fácil.

Empero, con mucha sagacidad, Bryce advertía que muchas veces las constituciones flexibles —en apariencia tan susceptibles al cambio— suelen ser más persistentes a transformaciones bruscas y repentinas. Pese a sus condimentos actuales, la constitución británica retiene elementos que son netamente medievales en su origen (como la Cámara de los Lores).

III) Constituciones originales y derivadas: Este distingo se basa en el grado de originalidad del texto constitucional, si aportan innovaciones o no al constitucionalismo. Claro que en los comienzos del movimiento constitucionalista, todos los textos eran originales (9). La constitución de Filadelfia de 1787, como las revolucionarias francesas, o la mexicana de 1917, o las so-

(6) Sobre la diversidad de fuentes del derecho constitucional británico, ver JIMÉNEZ DE PARCA, MANUEL, *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*, Madrid, 1983, p. 302; asimismo, véase FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El Régimen Político Británico. La formación histórica de la Constitución inglesa y los principios políticos del régimen*, en FERRANDO BADIA, JUAN (coord.), *Regímenes políticos actuales*, Madrid, 1995, p. 69.

(7) Ver, para el caso árabe saudí: JAHIEL, SELIM, *Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite*, en AA.VV., *Les Constitutions des Pays Arabes*, Bruselas, 1999, p. 57.

(8) Conf. BRYCE, JAMES, *Constituciones rígidas y flexibles*, Madrid, 1952.

(9) Conf. MÉRINO MERCÍAN, JOSÉ FERNANDO; PÉREZ-UGENA COROMINA, MARÍA Y VERA SANTOS, JOSÉ MANUEL, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, 1997, p. 90.

viéticas, muestran una matriz original que no tienen aquellas que son meras "copias" de otras.

**IV) Constituciones teñidas ideológicamente y constituciones neutras:** Este criterio señala que hay textos constitucionales en donde su canasta axiológica de principios y de valores es discernible con facilidad, como los pertenecientes a la escuela del constitucionalismo social. A la inversa, hay documentos constitucionales que son sumamente asépticos y parcos (semejantes —como bien dice Loewenstein (10)— a una "guía telefónica"). De todas maneras, cabe tomar con prevención a esta clasificación, en la medida en que, en nuestra concepción de constitución explicitada "supra", siempre anidan las valoraciones en el sistema constitucional (con mayor o menor grado de manifestación).

Desde luego que la enunciación que antecede no agota la multiplicidad de clasificaciones existentes (11), algunas bastante obvias por cierto (como las que clasifica a las constituciones según la forma de gobierno o de estado) y otras superadas históricamente (constituciones otorgadas, pactadas e impuestas).

**El criterio ontológico de Loewenstein: Constituciones normativas, nominales y semánticas**

Nos interesa detenernos brevemente en la clasificación que formula Loewenstein (12) entre constituciones *normativas*, *nominales* y *semánticas*. El citado autor relaciona el grado de concordancia o de fidelidad entre el texto constitucional y la realidad política. En nuestra terminología, correlaciona "constitución formal" y "constitución material". La constitución normativa implica que el derecho es capaz de regular la vida social, que el documento es cumplido y respetado en la práctica. Los Estados Unidos suministran un ejemplo elocuente. Por el contrario, la constitución nominal implica que los presupuestos sociales (sobre todo los culturales) y económicos impiden la completa integración de los preceptos constitucionales en la dinámica existencial de la vida política, como aún acontece entre nosotros. Por último, la constitución semántica es la que enmascara o disfraza el ejercicio autoritario del poder.

#### Las mutaciones constitucionales

Si se relacionan los conceptos ya expuestos de "constitución formal" y de "constitución material", se puede desprender la existencia de las mutaciones constitucionales.

(10) Conf. LOEVENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, p. 211.

(11) Un relevamiento más completo de los diversos criterios puede obtenerse en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo I, Buenos Aires, 1998, capítulos IV y V.

(12) Conf. LOEVENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 217.

En ese orden de ideas, Bidart Campos las define como "cambios y transformaciones reales que se operan en la constitución material, sin que se produzca modificación alguna en el texto de la constitución formal" (13).

Desde un enfoque más puntual, Afonso Da Silva (14) define a las mutaciones constitucionales como "cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político-social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación y por el ordenamiento de estatutos que afectan la estructura orgánica del Estado".

Por nuestra parte, y en coautoría con Germán Bidart Campos, hemos afirmado que "la interpretación de la constitución formal hecha por los órganos de aplicación de naturaleza política, o por los tribunales judiciales (los llamados 'operadores de la constitución'); los usos, las convenciones, las costumbres, el derecho espontáneo, los tratados internacionales, y las propias leyes de naturaleza materialmente constitucional, provocan un hontanar de fuentes que acoplan sus respectivas creaciones al derecho constitucional de cada país. Ello hace que en muchísimas ocasiones la 'lectura' que podemos hacer de un instrumento constitucional hoy en día, difiera —y a veces sustancialmente— de lo que la fría previsión lexical aisladamente manda" (15).

Las transformaciones mutativas reciben según los autores diversas clasificaciones. Así, mientras Bidart Campos distingue las mutaciones por adición, por sustracción, por interpretación y la desconstitucionalización (16), Afonso Da Silva las agrupa en las provenientes de los actos de complementación constitucional, de la interpretación y construcción constitucionales, y de las prácticas político-sociales convertidas en convenciones constitucionales (17).

Por su parte, López Guerra (18) señala dos vías de mutación constitucional: el desuso o desuetudo en la aplicación de determinados preceptos, y la reinterpretación de su contenido.

Si procuramos coordinar todos estos esquemas clasificatorios, podemos obtener los siguientes ejemplos:

—Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, los partidos políticos eran considerados una "mutación constitucional por adición", puesto

(13) Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental...*, ob. y tomo cits., p. 343.

(14) Conf. AFONSO DA SILVA, José, *Mutaciones Constitucionales*, en "Cuestiones Constitucionales" (Revista Mexicana de Derecho Constitucional) núm. 1, julio/diciembre de 1999, ps. 7/8.

(15) Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, ob. y tomo cits., ps. 167/168.

(16) Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental...*, ob. y tomo cits., ps. 343/4.

(17) Conf. AFONSO DA SILVA, José, art. cit., p. 13.

(18) Conf. LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia, 1994, p. 57.

que la constitución material añadía un contenido a la formal. La legislación —“actos gubernativos”— confirmaba esa recepción (v.gr. ley 23.298).

—Nuestra constitución formal sigue exigiendo en el art. 55 una renta anual de dos mil pesos fuertes para ser candidato a senador, lo cual ha sufrido la mutación por sustracción (la constitución material ha detraído un contenido a la formal) y por desuso en la terminología que propone López Guerra.

—Es muy importante lo que se denomina “interpretación constitucional mutativa” (19). Muchas veces los jueces, por medio de su interpretación, alteran la “lectura” que de otro modo cabría hacer del texto constitucional.

—Finalmente, el máximo grado de mutación constitucional, que adquiere ribetes patológicos en el ejercicio del poder, es el desuso por completo del edificio jurídico-constitucional. Es lo que se conoce como “deconstitucionalización”, que engendra un cambio total del régimen político en cuestión.

## CAPÍTULO IV

### SUPREMACIA Y CONTROL CONSTITUCIONALES

Walter F. Carnota

#### A) SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

##### Génesis del concepto

Todo el andamiaje del constitucionalismo moderno está predicado sobre la premisa de que en el ordenamiento jurídico prevalece un documento o instrumento escrito, que tiene jerarquía cimera y cuya reforma es factible solamente por medio de procedimientos especialmente difíciles. El primer carácter (escrito) es el propio de las constituciones formales, codificadas, del tipo “racional-normativo”. La segunda característica se vincula con nuestro tema de estudio en este momento: la supremacía constitucional. La tercera nota distintiva tiene que ver con la noción de *rígidez*, como veremos en capítulos subsiguientes.

Para una constitución, entonces, la supremacía es una cualidad definitoria o esencial, puesto que hemos sostenido que la primera es “derecho fundamental de organización del Estado” (ver, en sentido concordante, Cap. I). Quizás una de las pocas excepciones sea Gran Bretaña que tiene un tipo disperso y evolutivo de constitución, más material que formal, como ya vimos en el Cap. III.

La inmensa mayoría de las constituciones contemporáneas reivindica este señalamiento de *suprema*. En este contexto, debe entenderse por tal la condición de predominio formal sobre el resto del orden jurídico. La constitución es fuente de validez de todas las demás normas positivas; es “norma de normas”; es “ley de leyes”.

Ahora bien, ¿cuándo comienza exactamente a destacarse esta impronta de supremacía constitucional? Paradojalmente, en Inglaterra durante el s. XVII (1). En el interregno republicano de Oliverio Cromwell, se plasmó la organización del poder en un documento, denominado “Instrument of Govern-

(19) Sobre la interpretación judicial mutativa, véase SAGOS, NÉSTOR P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, 1998, p. 58 y ss.

(1) V. AIA ESPIL, JORGE A., *Origen y desarrollo del control jurisdiccional en los Estados Unidos de Norteamérica*, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958-II, p. 5

ment" del 16 de diciembre de 1653, dos de cuyas cláusulas establecían la nulidad de las leyes contrarias a este documento (2).

Demás está decir que esta pauta no se exemplarizó en el derecho inglés que, hacia 1689, acentuó el principio de supremacía del Parlamento (y no de la constitución). Empero, este lineamiento se filtró a las colonias inglesas de América del Norte (3).

El bagaje doctrinario de la supremacía logra consagración positiva con la constitución de Filadelfia de 1787. En efecto, el art. 6, cláusula segunda, establece: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de los Estados". De ahí, este principio se trasvasó al derecho público de casi todo el mundo, como puede fácilmente constatarse al leerse el art. 31 de la Constitución Nacional de 1853: "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 estarán obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales".

#### La supremacía en el derecho constitucional comparado

Cabe destacar que en la evolución que el principio de supremacía registró a lo largo del s. XX, no hay una sola modalidad de supremacía. Para decirlo de otro modo, hay diversas maneras de visualizar la supremacía constitucional.

A mediados del s. XX, y con motivo de los trágicos hechos que sucedieron durante la Segunda Guerra Mundial, se advirtió que la supremacía constitucional había sido impotente para impedir las atrocidades cometidas. Allí entonces se pensó que el orden constitucional no podía en solitario garantizar que no volvieran a repetirse las groseras violaciones cometidas contra los derechos humanos más elementales. En esta inteligencia, se empieza a desderezar el emergente de la cooperación internacional. El lanzamiento de la Organización de las Naciones Unidas (1945) y la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) son hitos significativos de este proceso.

En otra obra, hemos esquematizado —junto con G. Bidart Campos (4)— las diversas posturas que el principio de supremacía puede revestir en el ámbito del derecho constitucional comparado.

(2) V. AIA ESPIL, JORGE A., art. y pág. cits. Véase también LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo I, Buenos Aires, 1976, p. 496.

(3) V. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., ob. y tomo cits., p. 497.

(4) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, tomo I, Buenos Aires, 1998, p. 108. Se suministra ahora una visión simplificada del esquema que allí oportunamente desarrollamos.

Podríamos, en tren de simplificar, encontrar tres sistemas básicos de articulación del principio de supremacía constitucional con el derecho internacional público.

Un primer esquema está dado por la supremacía del derecho internacional por sobre todo el ordenamiento jurídico interno, incluida la propia Constitución, como hace la Constitución de los Países Bajos, aún en su versión actualizada (5).

Un segundo modelo asigna prelación al derecho internacional de los derechos humanos por sobre todo el derecho doméstico. En esta línea se enrola la Constitución colombiana de 1991 (6).

Finalmente, el tercer sistema indica paridad de rango entre el derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución, como hace nuestro art. 75 inc. 22 reformado en 1994 (7).

**Significado e implicaciones del concepto de supremacía constitucional: su vinculación con la teoría de la fuerza normativa de la Constitución**

Debe dejarse en claro que el concepto de supremacía no es una cáscara vacía de contenido. Por el contrario, la afirmación de que la Constitución es suprema conlleva importantes consecuencias. Así, decir que se encuentra en la cúspide o cima del ordenamiento jurídico, implica —ni más ni menos— que todas las normas "infraconstitucionales" (es decir, las que están jerárquicamente colocadas por debajo de ella) le deben fidelidad y acatamiento, o sea, deben ser consistentes, congruentes y compatibles con ella.

La Constitución se muestra de ese modo como fuente de validez de todo el orden normativo. Y no es un mero catálogo de ilusiones ("wish list") en donde se apilan y amontonan las aspiraciones sociales, sino que es dadora de legalidad, cuyos preceptos obligan de manera imperativa ("orden público constitucional").

En Alemania y en España, se ha desarrollado lo que ha dado en llamarse "teoría de la fuerza normativa de la Constitución". Se parte de la base de que la Constitución es norma jurídica obligatoria ("derecho de la Constitución"), y en esa inteligencia sus mandatos sujetan y obligan tanto a los poderes públicos constituidos cuanto a los particulares. Y ello tiene mucho que ver con el carácter supremo del texto constitucional, dado que desde su especial sitial ilumina al resto de las normas y actos.

Un claro ejemplo de elaboración práctica de la "fuerza normativa" de la constitución se observa en el art. 9, párr. primero, de la Constitución española:

(5) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., ob. y pág. cits.

(6) Idem cita anterior.

(7) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., ob. y tomo cits., ps. 108/109.

la de 1978, que prescribe: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (8).

### **La supremacía en la Constitución Nacional**

En 1853, como ya adelantáramos, se consagró la clásica fórmula de supremacía, como eco del art. 6º cláusula segunda de la constitución de Filadelfia, en el art. 31 ya cit., con su agregado final de 1860: "salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859".

Cabe destacar que este enunciado no suscitó mayores dudas interpretativas, salvo para recalcar que era dable discernir dos principios —y no uno solo— de supremacía constitucional.

En efecto, nuestro plexo de base se autodefine como "ley suprema", puesto que es él quien encabeza la nómina contenida en el art. 31. Pero, como se lee sin esfuerzo, hay otros elementos (leyes, tratados) que también los caracteriza como "ley suprema". ¿En relación a qué son supremos? No nos olvidemos que nuestra forma de estado (arts. 1, 5 y cc.) es federal; respecto de la normativa de derecho provincial.

En el derecho argentino, también se presentaron —antes de 1994— conflictos de jerarquía entre el orden constitucional y el orden internacional.

#### **1. Relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional**

Dijimos qué en general el principio de supremacía constitucional no fue seriamente controvertido.

Empero, en el tristemente célebre caso "Merck" (9), nuestra Corte —en decisión afortunadamente aislada— entendió que en épocas de guerra prevalecía el derecho internacional por sobre la Constitución (denominando a esto "monismo") y que en tiempos de paz y normalidad predominaba la Constitución (y ello apodó "dualismo").

#### **2. Relación entre la ley interna y el tratado internacional**

La Corte Suprema entendió a partir del caso "Martín c. Administración General de Puertos" (Fallos: 257:99), y como eco de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EE.UU., que la ley interna y el tratado internacional tenían idéntica gradación jerárquica. En consecuencia, al darse esa equivalencia, prevalecía para su aplicación la última norma en el tiempo, recurriendo al criterio de "lex posterior" que vimos en el Cap. II.

(8) Se ha tejido —en torno de este precepto— abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, como se muestra en los extractos consignados por RUBIO LLORIENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Madrid, 1995, p. 62.

(9) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 9 de junio de 1948, Fallos: 211:162.

Ello despertó la crítica doctrinaria, en tanto el tratado es un acto complejo, ya que concita la voluntad concordante de dos o más estados o la concurrencia de un organismo internacional.

A partir del caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492, ver Anexo Jurisprudencial), nuestro más Alto Tribunal —sobre la base de la adhesión del Estado argentino a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados— interpretó que debía darse prioridad al tratado internacional, receptando de ese modo las prevenciones que vimos precedentemente.

#### **El caso "Ekmekdjian c. Sofovich": Trabajo práctico**

1. La doctrina constitucionalista diferencia entre el "holding" de una sentencia (es decir, su parte medular, que sienta jurisprudencia) del "obiter dictum" (argumentos que da el juzgador a mayor abundamiento) (ver, para el distingo, VAN GEEL, T. R., "Understanding Supreme Court Opinions", New York, 1991, p. 98 y ss.).

En el caso ocurrente, el accionante pretendió que se concediera "derecho de réplica" en los términos del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, frente a los dichos del escritor Dalmo Sáenz que agraviaban a la Virgen María. La Corte hizo lugar al pedido.

¿Habla el art. 14 de "réplica"? ¿Cuáles son las hipótesis que concretamente contempla? ¿Se agravió aquí al actor a título personal?

Por lo demás, ¿cuál es la argumentación que despliega la Corte como "holding"? ¿Y cuál como "obiter"? ¿Cómo se compagina su tesisura con la asumida en el primer caso "Ekmekdjian" (Fallos: 311:2497).

2. ¿Cree Ud. que la norma consagratoria del "derecho de rectificación o respuesta" es operativa (o sea, directamente aplicativa o autoejecutoria, sin necesidad de desarrollo legislativo ulterior), o que por el contrario es programática (plan de acción futuro, sujeto a posterior reglamentación legal). Fíjese, en tal sentido, cómo está redactada la citada previsión del art. 14.

3. Además, la Corte abandona el criterio adoptado en "Martín" y rescata el predominio del tratado internacional en el orden jurídico interno. ¿Ello es "holding" u "obiter dictum"? No debe olvidarse que esta tesis fue base de la reforma que sobre el punto luego introdujo la revisión constitucional federal de 1994.

4. Según esta sentencia, los tratados prevalecen sobre el derecho interno. ¿Son también superiores a la propia Constitución? Analice el problema a la luz de este pronunciamiento, de los arts. 17 y 31 C.N., y de la posición a la que arribó la Corte exactamente un año después en "Fibraca" (sentencia del 7 de julio de 1993, Fallos: 316:1669).

5. ¿Tiene la decisión implicancias para el proceso de integración desatado por el MERCOSUR? Sustente su postura en algún tramo del fallo.

#### **El impacto de la reforma constitucional de 1994**

Indudablemente, la incidencia de la revisión constitucional de 1994 fue en este tema —como en otros— vasta.

Cabe apuntar que el art. 7 de la ley 24.309 de necesidad de reforma impedia tocar los primeros treinta y cinco artículos ("parte dogmática").

Ni el art. 27, ni el 31, estaban en discusión. Sin embargo, la ley habilitó un punto, por el que se permitía jerarquizar los tratados internacionales.

Ello sirvió para diseñar las inclusiones al art. 75 inc. 22 C.N. que de esa forma se transformó en la norma más importante de la Constitución. No todos los autores estuvieron de acuerdo con el procedimiento empleado. Como sea, a nuestro juicio la Asamblea pudo válidamente actuar como lo hizo, sobre la base de la ya mencionada habilitación contenida en la ley de reforma.

Este artículo consagra pautas fundamentales en la temática en estudio:

A) Desde un ángulo de prelaciones, va a consagrarse la "jerarquía constitucional" de ocho tratados, dos declaraciones y un protocolo facultativo, pertenecientes al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

B) La peculiaridad de la enumeración se ve mitigada con su carácter enunciativo y no taxativo, en la medida en que con mayorías especiales el Congreso puede adicionar —como hizo en 1997 con la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas— o sustraer la "jerarquía constitucional".

Dicha caracterización no significa que estos documentos integren propiamente la Constitución formal; comparten su mismo rango en el vértice de la pirámide jurídica.

C) Estos documentos tienen el común denominador de regular derechos humanos, sin perjuicio que algunos son tratados, hay dos declaraciones, algunos tienen alcance regional (la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica), otros universal (los Pactos de Naciones Unidas de 1966), con destinatario específico (Convención sobre los Derechos del Niño, o sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación a la Mujer) o con temática puntual (Tortura).

D) Se vuelve la doctrina de "Ekmekdjian c. Sofovich" y de "Fibraca", asignando prelación a los tratados —sean o no de derechos humanos— por sobre la ley del Congreso, reforma por cierto que también vemos en el nuevo art. 43, primer párrafo.

E) Se dan tres directivas para que los tratados puedan gozar de la apertura "jerarquía constitucional": a) no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución; b) los derechos que consagran deben entenderse como complementarios de los estipulados; c) la interpretación de los textos como el instrumento es válido en la órbita internacional (10).

(10) Acertados enfoques sobre esta norma pueden verse en BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1994; CAFFERO, JUAN PABLO, y GRAHAM, MARISA A., *Tratados sobre Derechos Humanos*, en VEGA, JUAN CARLOS Y GRAHAM, MARISA ADRIANA (Dirs.), *Jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales*, Buenos Aires, 1996, p. 27.

Ahora sí estamos en condiciones de examinar concretamente la prevención lexical del art. 75 inc. 22, al facultarse al Congreso de la Nación a:

"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, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. 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".

[Téngase en cuenta que por ley 24.820 (B.O. del 29/5/97), se otorgó jerarquía constitucional a la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas"].

#### El derecho comunitario

Brevemente, diremos que los procesos de integración (en especial, en Europa desde la década de 1950), han llevado a los ordenamientos jurídicos nacionales a dar valor a un conjunto de preceptos de valor "supranacional" o regional. A ello apunta el llamado *derecho comunitario*.

Como se ha dicho en relación al marco europeo, "los tratados internacionales que han dado origen a la Unión Europea no han determinado solamente unas obligaciones específicas para las partes contratantes y la obligación de adaptar su ordenamiento jurídico interno al cumplimiento de esas obligaciones, sino que han creado unos órganos capaces de producir normas jurídicas y decisiones judiciales válidas y plenamente eficaces en los países miembros, han creado un nuevo ordenamiento jurídico: el Derecho comunitario. Como consecuencia de la adhesión de un Estado a la Unión Europea, el Derecho Comunitario en vigor pasa a convertirse en Derecho vigente en su territorio" (11).

(11) CONF. MOLAS, ISIDRE, *Derecho Constitucional*, Madrid, 1998, p. 273.

Cabe apuntar que, en nuestro medio, el derecho comunitario halló su inserción en el art. 75, inc. 24, incorporado por la reforma constitucional de 1994, que reza, como atribución congresional:

*"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".*

Es habitual, en el ámbito del derecho comunitario, distinguir entre las normas primarias (es decir, las fundantes del esquema de integración, como el Tratado de Asunción de 1991 respecto del Mercado Común del Sur) y las secundarias o derivadas, es decir, aquellas que provienen de las instituciones comunitarias.

## B) EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

### Orígenes del control de constitucionalidad

Como vimos, desde fines del s. XVIII empezó a tomar adecuada forma la doctrina de la supremacía constitucional. Empero, no se encontraba resuelto el problema de quién o cómo se controla la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos.

Se han querido rastrear antecedentes del control constitucional en la antigua Grecia (Atenas) y en el Justiciado Mayor aragonés de la Edad Media.

De manera más concreta, puede afirmarse que uno de los atisbos del control de constitucionalidad puede verse en el célebre caso judicial inglés del "Dr. Bonham" en el año 1610. En dicha ocasión, el magistrado Sir Edward Coke planteaba la superioridad del "common law" respecto de las leyes del Parlamento. En la especie, sostuvo que la legislación que permitía la aplicación de sanciones por parte del Real Colegio de Médicos no podía alzarse contra el principio del derecho común por el cual nadie puede ser juez y parte a la vez en una contienda (12).

(12) Ver, en sentido análogo, AIA ESPIL, JORGE A., art. cit., ps. 5/6. Una reseña de antecedentes puede consultarse en CAPPELLETTI, MAURO, y ADAMS, JOHN CLARKE, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, en "Harvard Law Review" núm. 79, p. 1207 y ss. (1966).

La constitución de Filadelfia de 1787, si bien contempló la doctrina de la supremacía constitucional en el mencionado art. VI, cláusula segunda, de su texto, no previó el mecanismo para tornarla efectiva como es el contralor (13).

Habrá que esperar hasta el año 1803 en donde en el famoso caso "Marbury versus Madison" (14), la Corte Suprema norteamericana inaugura —en el mundo— el dispositivo del control judicial de constitucionalidad (creación pretoriana o de derecho judicial, v. Capítulo I de esta obra).

### "Marbury v. Madison": La Corte empieza a ser Suprema

El precedente "Marbury" es sin dudas el caso judicial más relevante de todos los tiempos. Cientos de análisis se han formulado en torno suyo, hasta prácticamente alcanzar ribetes mitológicos (15).

Cabe destacar que en los primeros años de vida independiente, la Corte norteamericana era una dependencia gubernamental más. A partir de este caso, escrito por su tercer presidente John Marshall, la Corte va a ser realmente "suprema".

Los hechos que dieron vida al caso son bastante conocidos, y los hemos relatado en otro lugar (16). Recordemos que hacia febrero del año 1801, el presidente John Adams, de extracción federalista, estaba por concluir su mandato. El Congreso autorizó al ejecutivo a nombrar jueces de paz para el Distrito de Columbia (la capital de los Estados Unidos). Así, el presidente saliente aceleró las designaciones antes que jurara su sucesor Thomas Jefferson, del partido demócrata-republicano, lo que se llamó "los nombramientos de medianoche".

Llega el momento de transferencia del poder, a comienzos del mes de marzo, sin haberse alcanzado a despachar o comunicar el nombramiento del Sr. William Marbury. El perjudicado solicitó el nombramiento al nuevo Secretario de Estado James Madison. Frente a su negativa, Marbury interpone acción de "mandamiento judicial" ("mandamus") ante la Corte Suprema, en los términos de la Ley Judicaria de 1789.

Sin lugar a dudas, el caso se desenvolvió en un ambiente políticamente muy cargado, de cambio de titularidad del Ejecutivo y del Congreso (del bandido federalista al anti-federalista). La causa insumió casi dos años de tramita-

(13) "Ni ahí ni después se dijo nada acerca de otorgar a la Corte Suprema el poder de aprobar la constitucionalidad de las leyes del Congreso". Conf. VAN DOREN, CARL, *The Great Rehearsal! (The story of the making and ratifying of the Constitution of the U.S.)*, New York, 1976, p. 135; "Los fundadores no previeron ningún papel especial para el Poder Judicial en su búsqueda de su ideal de unanimidad". Conf. BURT, ROBERT A., *Constitución y Conflicto*, Buenos Aires, 2000, p. 77. Sin embargo, Hamilton en "El Federalista" Núm. 78 se muestra fervoroso partidario del control judicial de constitucionalidad. Conf. HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, JOHN, *The Federalist Papers*, New York, 1961, p. 467.

(14) 5 U.S. 137 (1803).

(15) V. CLINTON, ROBERT L., *Precedent as Mythology: The Case of Marbury v. Madison*, en "Supreme Court Historical Society Yearbook", Washington, D.C., 1989, p. 78.

(16) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., ob. y tomo cits., p. 119 y ss.

ción, en medio de acusaciones y de pedidos de juicio político contra el "Chief Justice" Marshall, último Secretario de Estado de Adams, ferviente partidario federalista y quien había accedido a la Corte fruto también de un "nombramiento de medianoche".

En este cuadro, Marshall dicta su pronunciamiento, utilizando una lógica impecable en el marco del método deductivo (v. Capítulo I). Formula tres interrogantes cruciales y sucesivos, a modo de silogismo.

Primeramente, se pregunta si el Sr. Marbury tenía derecho al nombramiento. A ello contesta afirmativamente, puesto que había sido propuesto por el Presidente de los Estados Unidos, se le había otorgado el respectivo acuerdo senatorial y colocado el sello nacional. No se había comunicado o despachado debidamente ese nombramiento, pero ello no podía perjudicar al título en sí.

La segunda cuestión era más bien procesal. Si tenía derecho a ser designado, ¿tenía alguna acción? Obviamente, el ordenamiento jurídico no podía permanecer impávido frente a una flagrante injusticia, máxime que, según el derecho común, "where there is a right, there is a remedy" ("donde hay un derecho, debe haber un remedio").

Ante esta nueva contestación afirmativa, Marshall se pregunta entonces si esa acción era el "mandamus" que había interpuesto Marbury. Aquí contesta negativamente. Si bien la ley judiciaria autorizaba deducir esa acción, lo hacía ampliando o extendiendo la jurisdicción originaria de la Corte Suprema que, tanto en los Estados Unidos como luego en la Argentina, está delimitada por la propia Constitución. Por tanto, correspondía rechazar la acción de mandamiento judicial planteada.

Muchas observaciones se han hecho a este fallo. La principal es que so color de argumentos superficialmente lógicos, Marshall sacrificó a un correligionario político a fin de no antagonizar a los poderes oficiales recién instalados de signo contrario.

Sin embargo, Marshall reservó para el poder judicial federal, con esa aparente "claudicación", el arma más poderosa que hoy día tienen los jueces: la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

#### *Enfoque práctico del caso*

1. Evidentemente, el conflicto aquí suscitado era de naturaleza política. ¿Correspondía al Tribunal intervenir? ¿Podía decir que era una "cuestión política"? ¿Cabe tal aseveración en el contexto de la jurisdicción originaria, cuando no hay otro tribunal apto?

2. ¿Debió excusarse Marshall? Fue hasta el final del gobierno de Adams su secretario del Departamento de Estado, dependencia que no había despachado el nombramiento (los historiadores señalan al hermano de Marshall como culpable del error administrativo). Por lo demás, como dijimos, Marshall también había sido producto de un "nombramiento de medianoche" y activo partidario federalista.

3. La Corte americana fue renuente en lo inmediato a seguir invalidando leyes federales, tan es así que la próxima declaración de inconstitucionalidad de acciones federales va a ser pronunciada en 1857 (es decir, cincuenta y cuatro años después) en "Dred Scott v. Sanfurd" (17). Esta medida inicial, ¿es reconocible hoy día en algunos de los principios que gobiernan al control judicial de constitucionalidad?

4. Con éste y otros fallos, Marshall se transformó en el juez más trascendente que tuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos. La exhibición permanente que aloja el edificio de la Corte americana lo tiene en una estatua gigantesca, con textos en dorado de sus principales decisiones sobre la pared. ¿Recuerda Ud. algún juez de la Corte Suprema argentina—o, para el caso, de cualquier otro país— que haya logrado obtener tal prestigio a lo largo de la historia?

5. Muchos alumnos preguntan en clase por la suerte del Sr. Marbury. La respuesta es ésta: "El propio William Marbury jamás recibió su nombramiento. Luego de iniciar su causa ante un tribunal federal de distrito, una serie de demoras procesales ocasionaron que el reclamo excediera el plazo legal de cinco años dentro del cual se aplicaba su nombramiento y finalmente la causa fue desestimada por abstracta" (conf. BUR, Robert A., "Constitución y conflicto", Buenos Aires, 2000, p. 186).

Los grandes sistemas del control de constitucionalidad en el derecho comparado. La jurisdicción constitucional específica

Con el correr del tiempo, el sistema de contralor constitucional inaugurado por la sentencia de "Marbury" logró difundirse a otros países. Así, nuestra Corte Suprema admitió la institución en el caso "Sojo" (18).

Empero, hacia fines de la I Guerra Mundial, se empezaron a esbozar otros esquemas. Parecía que en ciertas situaciones límite —como las atravesadas en el escenario europeo— el control difuso no era suficiente.

Excesiva burocratización de los jueces ordinarios (19), necesidad de una mayor concientización y especialización constitucionales (20)... receló en los magistrados comunes: diversos factores llevaron a que se diseñara una ruta alternativa para el control.

Así, se introducen en Checoslovaquia (febrero de 1920) y en Austria (octubre de 1920) sendos "Tribunales Constitucionales". La inspección de constitucionalidad ya no estaría a cargo de cualquier juez de cualquier instancia, sino que estaría localizada en una corte especial (control concentrado) (21).

(17) 60 U.S. 393.

(18) Sobre el caso "Sojo", ver, entre otros, FAYT, CARLOS S., *Supremacía constitucional e independencia de los jueces*, Buenos Aires, 1994, p. 64 y ss.

(19) V. SCHWARTZ, HERMAN, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, 2000, p. 23.

(20) V. SCHWARTZ, HERMAN, ob. y pág. cits.

(21) V. FAUREU, LOUIS, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, 1954, p. 15.

Demás está decir que estas experiencias sufrieron el deterioro que implicaron los hechos desencadenantes de la II Guerra Mundial. Sin embargo, terminado este conflicto, muchos estados europeos abocados a la tarea de reconstrucción institucional volvieron a adoptar a los "tribunales" o "cortes constitucionales".

La ley fundamental de Bonn de 1949, la reforma constitucional italiana de 1956, y con mayor proximidad en el tiempo la constitución española de 1978 y la revisión constitucional portuguesa de 1982 todas se mostraron proclives en aceptar el modelo de una "jurisdicción constitucional" específica.

Cabe destacar que en los últimos años ha sido el diagrama que mayor adhesión ha congregado, como lo revela la constitución guatemalteca de 1985, la colombiana de 1991, las sudafricanas de 1993 y de 1996, la rusa de 1993, entre muchas otras (22).

La premisa básica sobre la que se asienta el control difuso es la potestad de cualquier juez ordinario de "decir el derecho", incluido claro está el constitucional. Dicha actividad, empero, se da en el concierto de un "caso" o "controversia" concreta, en donde la parte solicita a modo de excepción o de defensa la inconstitucionalidad de una norma legal o reglamentaria. Ese control en el caso concreto hace que los efectos generalmente también se circunscriban a la causa.

Por el contrario, en la variante concentrada, hay dos caminos. Por un lado, existe el control abstracto, que puede ser iniciado sólo por determinados órganos del poder. Por el otro, en las contiendas concretas en donde exista un asunto constitucional a dirimir, el planteo es elevado al Tribunal especializado para su consideración.

#### El control de constitucionalidad a nivel federal en Argentina

Siguiendo las pautas del modelo norteamericano, Argentina a nivel federal muestra un sistema jurisdiccional difuso para controlar la constitucionalidad de las normas.

De manera muy esquemática (23), trazaremos sus principales características:

1) En cuanto al sujeto habilitado para incoar el control, se da prioridad a la legitimación activa ("standing to sue") al perjudicado o afectado directo por una norma presuntivamente inconstitucional.

La incorporación de la acción de amparo colectivo por el segundo párrafo del art. 43 permite ampliar la nómina de legitimados activos —en estos

(22) Conf. BIDART CAMPOS, GERMAN J., y CARNOTA, WALTER F., *Derecho Constitucional Comparado*, ob. y tomo cits., p. 123 y ss.

(23) Una explicación detallada puede hallarse en BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, Buenos Aires, 2000.

supuestos— a la Defensoría del Pueblo (art. 86, C.N.) y a las organizaciones no gubernamentales que propendan a esos fines, amén del Ministerio Público.

2) Ello implica que el control se verifica en el marco de un "caso" o "conflicto" concreta, en donde la parte debe pedir al juez la inconstitucionalidad del precepto que dice perjudicarlo. Se impide al juez ejercer el control de oficio, salvo cuando está en tela de juicio la competencia del propio tribunal, o lo establezca puntualmente la ley (como lo hace la ley 23.098 de "habeas corpus").

3) Teóricamente, desde la óptica del art. 116 C.N., el *objeto* de la inspección debería ser amplio, pues la norma refiere el conocimiento y decisión "de todas las causas" bajo la Constitución. Empero, nuestra Corte —siguiendo las aguas de otros Tribunales en el mundo— se plegó a la doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables" ("political questions"). Esta tesitura sostiene que ciertos temas que muestran conflictos entre los poderes del estado deben ser resueltos por el proceso político (v.gr. el Presidente o el Congreso), y no por el poder judicial. Se ha elaborado así por vía pretoriana una larga lista de asuntos en los que la judicatura se autoinhibe de entender (p. ej. la determinación de la necesidad de la intervención federal a una provincia en los términos del art. 6 C.N., o la declaración de guerra a un estado extranjero).

Debe recalarse, en lo atinente al sistema de derechos humanos, que no sólo debe verificarse el control cuando están en juego los llamados derechos de primera generación (los clásicos civiles y políticos), sino también los de segunda (económicos, sociales y culturales) y tercera generación (ambiente, protección al consumidor, etc.).

4) Suele decirse que el camino procesal a recorrer es por "excepción", puesto que en el contexto de un pleito una parte agravada esgrime la incompatibilidad de una norma inferior con la Constitución. Pero si bien nuestro sistema no prevé en especial las "acciones puras de inconstitucionalidad", algunos remedios procesales —como el amparo o la acción declarativa de certeza— suscitan verdaderos "procesos constitucionales", con lo cual también —dentro de un marco limitado— podría aseverarse que hay control de constitucionalidad por acción.

5) Finalmente, en lo que respecta a los *efectos* del control, debe quedar bien en claro que la declaración de inconstitucionalidad no deroga la norma en cuestión, sino tan sólo la inaplica para el caso concreto. El efecto, pues, en nuestro sistema, no es derogatorio o "erga omnes", sino "inter partes" (para quienes han participado del proceso).

Problemas de teoría constitucional que arroja el control judicial: ¿hay una "dificultad contramayoritaria"?

Algunos autores, sobre todo dentro de la doctrina constitucional norteamericana, se han preguntado incisivamente acerca de la legitimidad democrática del instituto del control judicial ("judicial review")

En efecto, en una sociedad democrática las decisiones son adoptadas por los representantes de la mayoría del pueblo, quien ha elegido al Presidente y al Congreso.

Dichos órganos políticos toman determinados cursos de acción presumiblemente en concordancia con esas aspiraciones mayoritarias. Sin embargo, muchas veces esos actos (una ley, un decreto) emanados de sujetos investidos claramente de legitimidad democrática vienen a ser impugnados en los tribunales. Si su inconsistencia constitucional viene a ser proclamada por los jueces que, en la mayoría de los casos, son funcionarios designados y no electos por el voto popular.

Se presenta así lo que se ha denominado "la dificultad contramayoritaria".

El autor que más estudió la cuestión fue Alexander Bickel. En su libro "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics" (24) publicado en el año 1962, Bickel argumenta a favor de la restricción que los jueces deben tener al ejercer sus facultades revisoras. La legitimidad de los magistrados judiciales es más bien indirecta, y deben ser prudentes en no interferir indebidamente en el proceso político. De lo contrario, los sentenciadores estarían inculcando sus propios valores por sobre los de la comunidad.

Otro autor que investigó el tema fue John Ely. En su obra "Democracy and Distrust" (25), este autor parte de la premisa de Bickel en cuanto a la alegada dificultad contramayoritaria. Empero, acepta la "judicial review" en tanto y en cuanto el juez se erige en una especie de referéndum institucional, cuya misión es asegurar la estabilidad y permanencia del proceso democrático.

#### Dificultades para establecer el control de constitucionalidad concentrado en Argentina a nivel federal

Nuestra historia revela que el método seguido para practicar el control de constitucionalidad en el plano federal es el *jurisdiccional difuso*, es decir, aquél en virtud del cual todos los jueces de todas las instancias y de todos los fueros pueden ejercerlo.

Sin embargo, se observa que en las últimas décadas el derecho constitucional comparado se muestra partidario del otro gran sistema, o sea, el jurisdiccional concentrado, localizado o emplazado en una *corte o tribunal constitucional*.

La pregunta a formular aquí es la siguiente: ¿es una opción válida para nuestro legislador —ya el ordinario, ya el constitucional— la instauración de un Tribunal constitucional en el ámbito federal?

(24) V. BICKEL, ALEXANDER, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, 1962.

(25) V. ELY, JOHN HART, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachussets, 1980.

Observamos una serie de inconvenientes que —a nuestro juicio— podrían estorbar tal empresa.

Demás está decir que cuando se produjo la reforma constitucional de 1994, se incorporaron tres nuevas instituciones dentro del servicio de justicia, a saber: el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento y el Ministerio Público como órgano extra-poder.

Empero, el legislador de la ley 24.309 optó por no ingresar en la espinosa temática del control de constitucionalidad. Es más, la incorporación de la figura amparista en el nuevo art. 43 parece reforzar el control difuso y concreto ("En el caso, el juez podrá...").

De todas formas, se abren varios escenarios problemáticos de decidirse establecer un control concentrado.

#### A) ¿Es viable una reforma constitucional en tal sentido?

La primera consideración se relaciona con el hecho de que un cambio en el contralor de la constitucionalidad de la ley y del acto administrativo no podría vehiculizarse por una acción del Congreso, sino que se requeriría otra reforma constitucional.

El tenor literal del texto, si bien como dijimos no prevé puntualmente al control de constitucionalidad, sin embargo sugiere sin ambages un mecanismo concentrado, de la interpretación —como vimos— de los arts. 116 y 43 C.N.

Pero enseguida asalta otro interrogante: ¿Puede una reforma constitucional introducir el control concentrado?

Ello nos lleva ineludiblemente al tema de los límites materiales del poder constituyente derivado o reformador o, dicho en otros términos, los famosos "contenidos pétreos".

Sabido es que nuestro ordenamiento no reconoce "cláusulas pétreas" (como aquella de la Constitución norteamericana que prohíbe directamente la reforma de la representación senatorial paritaria), pero podría argúrsese la presencia de "contenidos pétreos".

Al respecto, debe reconocerse el carácter polémico de tales contenidos, como que cada autor elabora una lista propia en donde incluye aquellas cuestiones que le son más caras o simpáticas, o excluye las que les parecen contingentes (26).

Pero al margen del debate, que no es necesario colacionar a nuestros fines aquí y ahora, parecen más allá de toda discusión la irreformabilidad de la forma democrática de estado y de gobierno, y el federalismo como forma de estado.

(26) Como acontece, por ejemplo, con el modelo de la "confesionalidad" en la relación entre la Iglesia y el Estado (art. 2, C.N.), que para algunos autores integra la nómina de "contenidos pétreos", y para otros no.

**B) ¿De nuevo el llamado "déficit democrático"?**

Si el control constitucional de cuño norteamericano —el famoso “judicial review”— provocaba como vimos teclos en algunos autores que veían en su ser una “dificultad contramayoritaria” (Bickel), con más razón esas prevenciones se agudizan frente al control abstracto y concentrado.

No debemos olvidar que muchas de las “success stories” (historias exitosas) de controles constitucionales “a la austriaca”, como Alemania, Italia, España, Polonia o Hungría, se dan en contextos parlamentarios y no presidencialistas.

El parlamentarismo, como bien lo enseñó Loewenstein en su momento (27), se diferencia del presidencialismo en el hecho de que la división de poderes aparece menos acusada o marcada, como ocurre por excelencia en Gran Bretaña.

Pues bien, nada impide en que el presidencialismo se aminore, como aconteció con la revisión de 1994, si ello contribuye —y no dificulta u obstaculiza— a un afianzamiento democrático. Empero, la concentración de funciones en un órgano de control abstracto evoca una distribución de tareas que no es la que pautó en 1853 nuestro constituyente.

Volvemos a repetir que la división de poderes es un contenido esencial de nuestra forma republicana y democrática de gobierno. Podría sufrir alguna matización en la medida en que ello contribuya, en el diagrama general del sistema, a qué haya más —y no menos— democracia.

¿Un órgano concentrado garantiza más democracia? No necesariamente, menos en la versión abstracta del control (28). Desgaja la contienda constitucional de un caso gatillado por un particular afectado para transformarla en un juego de poder.

**C) ¿Es el federalismo una valla?**

Por último, y no por ello lo menos importante, está la incidencia de nuestra forma de estado federal.

La inmensa mayoría de estados que se han plegado al control concentrando han adoptado el unitarismo (como atestiguan los casos de Guatemala, Chile o Bolivia), con variantes “regionalistas” sin que lleguen al federalismo (España, Italia), y con excepciones federales (Austria, Alemania). Aún en estos últimos supuestos, se trata de territorios no sumamente extensos. Quizá el único ejemplo de “gran federalismo” bajo control concentrado sea Sudáfrica.

(27) Conf. LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, p. 92.

(28) Una crítica desde dicha perspectiva puede verse en BOUZAT, GABRIEL, *La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad*, en “Revista de la Universidad de Palermo” núms. 1 y 2, Buenos Aires, 1997, p. 201; también publicado en “Revista Española de Derecho Constitucional” núm. 54, Madrid, septiembre/diciembre de 1998, p. 273.

Ahora bien, el hecho de que el juez federal del lugar, o la Cámara de Apelaciones de las cercanías, pueda ejercitar la inspección constitucional *federal* habla a las claras de un intento por descentralizar el proceso de adjudicación y de acercar la judicatura “nacional” a todos los rincones del territorio.

Este esquema de cosas no se da por cierto en el control concentrado, donde el magistrado interviniente debe inhibirse de entender en la litis y remitir las actuaciones al Tribunal Constitucional para que sólo él se pronuncie en las cuestiones relativas a la ley fundamental.

Somos perfectamente conscientes de que el “juez federal” es un “juez de alcance nacional”, ni provincial, ni estatal. Sin embargo, al residir en la vecindad, se encuentra más compenetrado de los problemas locales (aunque integre el poder judicial “nacional”) que un tribunal alejado en la capital del país.

Jurisprudencia: El caso “Fayt”

—I—

1. El 19 de agosto de 1999 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió una acción declarativa de certeza planteada por parte de uno de sus propios jueces, el doctor Carlos S. Fayt, tendiente a declarar la nulidad del art. 95, inc. 4 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994.

Cabe puntualizar que la decisión allí recaída ha merecido diversas interpretaciones por parte de la doctrina del derecho constitucional, algunas favorables y otras bastante críticas por cierto.

La relevancia del pronunciamiento estriba en que por primera vez nuestro más Alto Tribunal declaró la “nulidad” (léase invalidez constitucional o declaración de inconstitucionalidad) de una cláusula agregada por un proceso revisor. Se alejó así de su línea jurisprudencial tradicional (representada por la causa “Soria de Guerrero”) (29) por la cual la temática de la reforma constitucional era considerada como una “cuestión política no judicable” y por tanto exenta de controlar.

2. Dentro de ese orden de ideas y de experiencias, la mayoría de la Corte (el juez Petracchi se excusó y el juez Bossert escribió una disidencia parcial) resolvió el pleito de manera análoga a como lo había hecho la juez de primera instancia. Eligió apartarse del criterio, en cambio, seguido por la Cámara de Apelaciones para la cual la disposición en crisis no era aplicable al actor por vulnerar sus derechos adquiridos.

—II—

3. Parece sumamente compatible un enfoque jurisprudencial que sea renuente a aceptar “zonas” o “islas” detraídas a la inspección constitucional. Tenemos muy en claro que desde el art. 116 de la C.N. (“interpretación desde

(29) Sentencia del 20 de septiembre de 1963, Fallós: 256:556.

la Constitución"), la norma de base imputa al poder judicial federal (cuya cabeza es obviamente la Corte Suprema) "el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución". Hemos entendido que la norma no distingue en si la litis es de carácter político, o para el caso económica, o social, o artística o cultural. Pero ese abordaje amplio, proclive al control (después de todo, la esencia de la democracia son los controles, a los que no hay que temerles), no debe llevar a los jueces —en especial, a los de la Corte, y máxime cuando uno de sus miembros es quien acciona— a nulificar con facilidad decisiones que han sido adoptadas por el poder constituyente derivado o reformador.

4. Sin duda, el argumento central que esgrimió la pluralidad del Tribunal fue que la mentada preceptiva afectaba la inamovilidad de los magistrados (fijada en el ex art. 96, actual 110 constitucional), sin que dicho asunto fuera objeto de habilitación en el temario o "agenda" de la reforma establecido por la ley 24.309.

5. Como se recordará, dicha ley en el famoso "Núcleo de Coincidencias Básicas" (art. 2, inc. d, incs. h, i, j), fruto de los acuerdos políticos de los Pactos de Olivos y de la Rosada, estipulaba aspectos a ser reformados de nuestro servicio de administración de justicia, que incluían la propuesta, designación y remoción de magistrados federales.

De manera puntual, sin embargo, no se había incluido la modificación del sistema de inamovilidad, ni se mencionaba específicamente al ex art. 96.

6. Por su parte, el art. 5 de esta legislación ordenaba la votación "en bloque" (por la afirmativa o por la negativa) del referido paquete contenido en el "Núcleo..." citado, y el art. 6 fulminaba como "nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2 y 3 de la presente ley de declaración". Precisamente, esa sanción es la que invoca la mayoría como eje vertebral de su decisorio (conf. Consids. 10 y 16).

### —III—

7. Las apuntadas reflexiones sirven de introducción para el siguiente trabajo de análisis del caso, sobre la base de lo hasta aquí estudiado:

8. En efecto, la Corte abandona su propio derecho judicial que estigmatizaba a la reforma constitucional como "cuestión política no justiciable" para entrar al fondo del asunto. ¿No es la reforma un tema a ser dirimido por los poderes políticos? ¿No se violenta la línea divisoria entre poder constituyente —aunque sea derivado— y poder constituido? ¿No se están dejando de lado las premisas fundantes de la constitución racional normativa o formal (escritura, rigidez, supralegalidad) para entrar en un modelo de peligrosa flexibilidad?

9. Recuérdese que la reforma constitucional de 1994 fue una de las que más consensos generó dentro de nuestra historia institucional, como que fue avalada por partidos políticos de las extracciones más diversas. ¿No fue la

decisión del Tribunal un acto "contramayoritario"? ¿Quién representa cabalmente las mayorías: el Congreso, la Asamblea Constituyente o la Corte Suprema? (30)

10. ¿Se siguieron en el caso las clásicas técnicas de interpretación examinadas a lo largo del capítulo II? Si fue así, cuáles y con qué alcance. ¿Se recurrió a la armonía o compatibilización (interpretación sistemática)? Por lo demás, ¿se está interpretando la ley (24.309) o la Constitución?

11. ¿No se dice que la declaración de inconstitucionalidad es la "ultima ratio"? ¿No es una sanción institucionalmente excesiva la nulificación de un artículo reformado?

12. ¿Podían intervenir el resto de los jueces del Tribunal en un pleito incoado por uno de sus componentes? Al tratarse de colegas del mismo Tribunal colegiado, ¿no les hubiera correspondido excusarse de acuerdo con la ley procesal, como hizo el doctor Petracchi?

13. ¿Cuál es el efecto de la declaración de "nulidad"? ¿Por qué decimos que "nulidad" equivale a "inconstitucionalidad"? ¿Le parece ello correcto, o son dos categorías conceptuales distintas? Queda el precepto atacado derogado? ¿Beneficia a los otros jueces federales con 75 años de edad? ¿Deben retirarse, o iniciar una acción declarativa, o no hacer nada?

14. ¿Cómo se inscribe la decisión a la que se arribó en este litigio con otras adoptadas por la misma Corte en la década de los noventa? Resulta provechosa la lectura del trabajo de Sabsay, Daniel Alberto publicado en el "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", núm. 3 (año 1999), editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

(30) Una decisión "contra-mayoritaria" puede advertirse en la adoptada en el caso de las recientes elecciones norteamericanas por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 12 de diciembre de 2000. V.: CARNOTA, WALTER F., *'Bush vs. Gore! La Corte Suprema de los Estados Unidos elige un Presidente*, en "La Ley", 13 de febrero de 2001, p. 1 y ss.

## CAPÍTULO V

## GOBIERNO Y ESTADO

*Guido I. Risso*

"Para tener la razón, prefiero que me apoyen los hechos y no la alta intelectualidad".

John Kenneth Galbraith.

## GOBIERNO

## 1. Definición

En una primera aproximación, y de acuerdo con uno de los significados que tiene el término en el lenguaje político corriente, se puede definir el gobierno como el conjunto de las personas que ejercen el poder político, que administran y determinan la orientación política de una sociedad, o sea, que tiene como tarea la de imponer las reglas de conducta y de tomar las decisiones necesarias para mantener la cohesión del grupo.

Por este motivo, en todo el transcurso de la evolución histórica de la humanidad, a partir de una determinada fase de su desarrollo, en toda sociedad se puede encontrar alguna forma de gobierno, entendido éste, como el poder relativamente autónomo respecto de los distintos grupos sociales, con la función específica de llevar a cabo la integración de la sociedad y defenderla de los grupos tanto internos como externos que la amenacen.

Es prudente añadir, sin embargo, que el gobierno, estando ordinariamente institucionalizado, sobre todo en la sociedad moderna, está asociado normalmente a la noción de estado.

Existe por lo tanto una segunda acepción del término gobierno que se adapta mucho más a la realidad del estado moderno, y que ya no indica solamente el conjunto de las personas que detentan el poder, sino el conjunto de los órganos a los que jurídica e institucionalmente les está conferido su ejercicio.

En este sentido el gobierno se constituye como un aspecto más del estado, y en estos términos, quienes tienen la tarea de manifestar la orientación política del estado son los órganos de gobierno.

También el significado que la palabra gobierno tiene en la cultura latina difiere del que la palabra "government" tiene en los países anglosajones.

En este último sentido, gobierno significa lo que en el continente europeo se designa con la expresión régimen político, y que tiene por lo tanto una acepción mucho más amplia que el término en análisis y más próxima a la noción de estado.

También se usan otras palabras para indicar lo que entendemos con la denominación gobierno, como "cabinet", en Inglaterra o administración en Estados Unidos.

Si nos proponemos ahora especificar más las determinaciones posteriores del concepto, en relación con sus funciones, tal como se ha ido distinguiendo lentamente en el transcurso de la historia, y tal como se ha formulado en la doctrina de la división de poderes, debemos afirmar que el gobierno, en principio, coincide con el poder ejecutivo, o mejor dicho con los órganos de la cúspide del poder, y que desempeña funciones estables y coordinadas, ligadas al uso del monopolio de la fuerza (o la amenaza de recurrir con éxito a ella) en lo que descansa el poder de decidir de manera determinante la orientación política.

Sin embargo, es necesario destacar que un gobierno será realmente fuerte si se funda, también, en el consenso, es decir, en una creencia compartida por todo el cuerpo social, en determinado estado de orden, tanto local como internacional.

En las repúblicas presidenciales el jefe del estado, o sea, el presidente es la figura prominente, mientras que en las repúblicas parlamentarias la figura prominente es, en cambio, la del primer ministro.

De la definición expuesta, se deduce también, que los órganos legislativos y judiciales no forman parte directa de los órganos de gobierno.

Naturalmente el hecho de que estos órganos, concurrán al ejercicio del poder, implica que de algún modo pueden delimitar y controlar, de una manera u otra, la acción del gobierno.

## 2. Formas de gobierno

Conviene dejar en claro que el análisis de las formas de gobierno en términos modernos se plantea conceptualmente distinto al que proponía la clásica división que recurría a los criterios aristotélicos sobre el poder de uno, de pocos, o de todos, ejercido en beneficio de uno, de pocos, o de todos, o como luego se planteó en términos tales como: los de régimen autoritario, totalitario o democrático, o que se limiten a una simple distinción entre monarquía y república. Aun así, dado que estas posturas conservan un enorme valor histórico-intelectual, nos referiremos a ellas.

En rigor de verdad, el análisis de las formas de gobierno; se refiere a la dinámica de las relaciones entre poder ejecutivo y poder legislativo y en particular a las modalidades de elección de los dos organismos, su título de legitimidad y el balance de sus facultades.

La bipartición moderna distingue, entonces, entre forma de gobierno parlamentario y forma de gobierno presidencial.

### 3. Clasificación Clásica

Hasta una época relativamente reciente, se hizo uso de una tipología de las formas de gobierno heredada de Aristóteles, la cual distingüía entre:

#### Tipos puros

1. la monarquía, o bien el gobierno de uno solo.
2. la aristocracia, o bien el gobierno de los mejores.
3. la república, o bien el gobierno de todos.

A cada una de estas formas puras, según Aristóteles, corresponde una forma impura o corrupta:

#### Tipos impuros

1. la tiranía como desviación de la monarquía.
2. la oligarquía en contraposición a la aristocracia.
3. la democracia como la desviación de la república (al menos en algunas traducciones; en otras encontramos el vocablo "demagogia").

En las formas puras, el gobierno es administrado, siempre, en el interés general, o sea orientado hacia el bien común, mientras que en las corruptas es ejercido con mezquindad y en interés exclusivo de quien detenta el poder, o sea: de uno solo, de los pocos, o de la mayoría.

Dice Aristóteles en el libro tercero; capítulo V de *La Política*:

"...La tiranía, en efecto, es la monarquía en interés del monarca; la oligarquía, es la aristocracia en interés de los ricos, y la democracia es la república en interés de los pobres y ninguna de ellas mira a la utilidad común".

En cuanto a la forma democrática de gobierno edificada sobre la base de una voluntad general que no puede equivocarse, que es indestructible, siempre constante, pura, buena, surge imponente un verdadero engendro que Bidart Campos denomina "aplastante totalitarismo de mayorías".

También Juan Jacobo Rousseau, entre otros, adhiere a la clásica división tripartita: monarquía, aristocracia y democracia.

No se muestra partidario de la forma democrática. Considera que ésta supone el ejercicio del gobierno por todo el pueblo. Una suerte de "gobierno sin gobierno". "Tomando el término en su rigurosa acepción —comenta Rousseau—, no ha existido nunca verdadera democracia ni existirá jamás. Si hubiera un pueblo de Dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no es para hombres".

Considera que la monarquía sólo es conveniente para los grandes estados.

En cuanto a la aristocracia se inclina claramente por la electiva. En síntesis una verdadera meritocracia.

En una célebre carta a Mirabeau, de 1767, que cita J. J. Chevallier en los *Grandes Textos Políticos*, luego de expresar que había procurado encontrar una forma de gobierno que pusiera la ley por encima del hombre, Rousseau escribe: "Si esa forma es encontrable, busquemosla y tratemos de establecerla; si, desgraciadamente esta forma no es encontrable, y confieso ingenuamente que creo que no lo es, mi opinión es que hay que pasar al otro extremo, poner de una vez al hombre tan encima de la ley como pueda estarlo; por consiguiente, establecer el despotismo arbitrario, y el más arbitrario que sea posible: yo quería que el despota fuese Dios".

El criterio sobre el que se fundan estas clásicas clasificaciones tripartitas (el número de quienes detentan el poder) es totalmente inadecuado para captar en su esencia la variedad de las formas de gobierno.

Hay en las ciencias políticas una verdad no tenida en cuenta por el Estagirita y por todos aquellos que se han inspirado en él, además de demostrada por la teoría de la clase política (N. Bobbio), y es el innegable hecho de que el gobierno siempre es detentado por pocos.

En efecto, en el régimen monárquico o en el tiránico, nunca es una persona sola quien detenta el poder, sino un grupo y así se ha encargado de demostrarlo la historia.

En cuanto al régimen democrático, que tenga dimensiones más amplias que la ciudad-estado, no es el pueblo quien gobierna, sino sus representantes.

Montesquieu se aleja de la clasificación tradicional porque funda la distinción entre república, monarquía y despotismo, ya no únicamente en un criterio numérico, sino en la combinación que él define como "naturaleza" y "principio" del gobierno.

La naturaleza depende del número de detentadores del poder y el principio es la actitud que anima al pueblo en su existencia concreta.

La república se funda en la virtud, la monarquía en el honor y el despotismo en el miedo.

De este modo Montesquieu trata de identificar el nexo existente entre los diversos regímenes políticos y su base social, incorporando de esta manera el enfoque sociológico.

Duverger, por ejemplo, subrayó que para los fines de la clasificación de los regímenes políticos o de las formas de gobierno, el tipo de sistema de los partidos es determinante.

A modo de primera conclusión se puede decir que: el criterio pertinente que permite destacar los caracteres esenciales de los distintos tipos de gobierno, está representado por la forma de la lucha política.

Las diferencias entre los diversos tipos, son imputables, en consecuencia, a los diversos modos de conquistar y mantener el poder, los cuales dependen de las condiciones sociales y políticas de la lucha por el mismo.

Los cambios en la forma del régimen derivan por lo tanto, de un cambio producido en las condiciones internas e internacionales de la lucha política.

#### Forma mixta

La primera referencia a la bondad de la comixtión se encuentra en el conocido pasaje de las Leyes de Platón, en el que las formas de gobierno tomadas en consideración son dos: la monarquía, de la que la mayor expresión se encuentra en Persia, y la democracia, cuya más alta manifestación se encuentra entre los griegos.

Platón precisa que "para que en un estado haya libertad y concordia... es absolutamente necesario que el gobierno participe de una y de otra de estas dos formas...; un estado no podrá ser bien gobernado si faltan estas condiciones".

En el segundo libro de *La Política*, Aristóteles, criticando esta afirmación platónica, añade: "Mejor es el partido de aquellos que buscan mezclar los diversos tipos de constitución, por que es mejor la forma de constitución, que deriva de la fusión de muchos tipos distintos".

En toda la historia del pensamiento político la constitución de Esparta se volverá un punto de referencia obligado en la discusión en pro o en contra del gobierno mixto.

Es con Polibio en Roma que se inicia la verdadera y propia ideología del régimen mixto.

La primera constitución mixta y ejemplar es según Polibio la de Esparta: "habiéndose dado cuenta Licurgo de que todo gobierno fundado en un solo principio era precario, elaboró una constitución que reunía todas las cualidades y características de los sistemas políticos excelentes".

También el principal filósofo de la república romana, Cicerón, elogia al tipo mixto.

El estoico usa dos expresiones en éndiadis, "aequatum et temperatum", donde es de notarse aquel "temperatum", palabra clave hasta nuestros días para indicar una forma de gobierno que se contrapone a toda rigidez.

Vale aclarar que Cicerón tiene frente a sus ojos a la república romana en su último acto, dado que él muere un año después del asesinato de César.

Durante siglos, los dos estados ejemplos en el tema fueron la monarquía inglesa y la república de Venecia.

La idea de que el estado inglés sea de una forma de gobierno mixta rige desde que John Fortescue (s. XV) así lo definió, recurriendo a Santo Tomás de Aquino —*dominium politicum et regale*— que indica una forma de gobierno que se contrapone por un lado al *dominium regale* (o monarquía absoluta) y por el otro al *dominium politicum* (o estado sometido a la ley).

En realidad el Aquinante había hablado de modo más claro y correcto de la forma mixta en la Suma, en el que se refiere al libro segundo de la Política de este modo "...politia bene commixta ex rengō, in quantum unus praeest, ex

*aristocracia in quantum multi principantur secundum virtutem, et ex democracia, id est potestate populi, in quantum ex popularibus possunt eligi principes et ad populum pertinet electio principium*" (Ia, liae, q. 105, art. 1).

Quienes se oponen a esta forma son, entre otros, Jean Bodin, en el capítulo dedicado a las formas de gobierno en los *Six livres de la République* (1576).

También Hobbes refuta esta doctrina, partiendo del mismo supuesto de la indivisibilidad del poder soberano.

De los escritores antiguos encontramos en similar postura a Tácito.

#### 4. Clasificación Moderna

##### *Presidencialismo y Parlamentarismo*

Una de las primeras y más precisas distinciones que se conocen entre las dos formas de gobierno en sentido moderno, es la que formuló Walter Bagehot, en su famoso ensayo sobre la Constitución inglesa (1865-1867).

La obra reflejaba el contraste entre la forma de gobierno parlamentario del Reino Unido, definida por él como *cabinet government*, y la forma de gobierno de Estados Unidos, definida como *presidential government*.

También debemos destacar el gran aporte del ex-presidente norteamericano Woodrow Wilson con la publicación de su obra *Congressional Government* (1885).

Se pueden considerar que la mayoría de las formas de gobierno derivan entonces del prototipo británico o del prototipo estadounidense, formas que han permanecido sustancialmente intactas.

Así por ejemplo, los países de emigración blanca de lengua inglesa, han adoptado el *sistema parlamentario*; mientras que la casi totalidad de los países del continente americano han importado el *sistema presidencialista*.

##### a) Sistema o Gobierno Parlamentario

El contexto político en el que nacen las instituciones parlamentarias es el del estado medieval, caracterizado por una estructura muy descentralizada y articulada. Un verdadero mosaico de situaciones y privilegios.

Es justamente la característica estructural policéntrica del estado medieval y la descentralización de la autoridad en la organización feudal, lo que crea los presupuestos para el nacimiento de las instituciones parlamentarias.

El *Magnum Consilium* se transforma en *Parliamentum*.

Este proceso se verifica más o menos en todos los países europeos entre el siglo XII y el siglo XIV.

El nacimiento y el desarrollo de las instituciones parlamentarias dependen por lo tanto de un delicado equilibrio de fuerzas, entre el poder central y los poderes periféricos.

El siglo XIX es el período en el que se da un gran desarrollo de los nuevos parlamentarismos en Europa.

El gobierno parlamentario tiene como nota distintiva, el intento de establecer el equilibrio entre la asamblea legislativa (Parlamento) y el gobierno (Poder Ejecutivo o gabinete).

La composición del Poder ejecutivo es colegiada, las jefaturas de estado y de gobierno se encuentran separadas, resultando la primera una magistratura más estable, siéndole, si se quiere, hasta desvinculada de las querellas políticas.

El cargo de Jefe de Estado puede ser hereditario (rey) o electivo (presidente), pero en ninguno de ambos casos ejerce la titularidad del Poder Ejecutivo, sino que detentan un poder más bien de tipo simbólico o ritual.

El Jefe de Estado constituye un símbolo de unión nacional y de representación exterior que no cuenta con una esfera de competencia propia.

El Poder Ejecutivo estará a cargo del Primer Ministro, quien a su vez preside un Consejo de Ministros y es el líder político del partido triunfador o mayoritario dentro del Parlamento. Por lo tanto, la jefatura de Gobierno recae en la persona del Primer Ministro.

El Parlamento es el único órgano cuyos miembros son elegidos a través del sufragio del pueblo; este hecho, le da inevitablemente un protagonismo distinto y hasta una solidez superior.

Los mandatos de los ocupantes de los poderes políticos pueden verse interrumpidos, en el caso del Parlamento por su disolución antes de la finalización del plazo por el cual ha sido elegido; en el caso del gobierno por la aprobación de una moción de censura, la cual tiene como fin, y por lo tanto provoca, el retiro de la confianza parlamentaria.

Este esquema de relaciones conlleva un proceso de designación del gobierno en el que participan el Jefe de Estado y el Parlamento; en donde aquél precisa necesariamente de la confianza de este último para gobernar.

Tanto el Primer Ministro como todos los integrantes del Consejo de Ministros, son individual y solidariamente responsables de la gestión gubernamental ante el Parlamento.

Es prudente aclarar que al menos en teoría el Parlamento tiene, a veces, preeminencia sobre el Poder Ejecutivo o gabinete, dado que éste es un desprendimiento de aquél.

Las normas constitucionales prevén métodos para solucionar los conflictos entre los poderes. En ellos se da preeminencia, como hemos dicho, al Parlamento (moción de censura), o bien se apela al veredicto de la ciudadanía (disolución de las cámaras y convocatoria anticipada de elecciones).

Asimismo, en lo relativo a este tema se pueden encontrar variantes que son producto de determinadas combinaciones o vinculaciones de notas parlamentarias con presidencialistas.

Francia constituye el ejemplo más característico en lo que hace a este tipo de vinculaciones institucionales.

Por otra parte se introducen nuevas figuras como la denominada "censura constructiva" (por ej.: Alemania).

Esto ha dado nacimiento a lo que Loewenstein denomina "parlamentarismo controlado".

—En resumen y de lo expuesto más arriba surge lo que consideramos la nota esencial y distintiva del sistema parlamentario:

1. los métodos de solución a los conflictos de poderes son relativamente sencillos y por sobre todo están incorporados al sistema.

2. Presenta un real equilibrio de poderes, a diferencia de lo que sucede en el sistema presidencialista, en el cual el equilibrio es rígido y frágil.

#### b) Sistema o Gobierno Presidencialista

Este modelo hizo su aparición en el derecho constitucional comparado con la Constitución de los Estados Unidos, sancionada en 1787.

La propia génesis de este forma de gobierno, que fue creada por los constituyentes de Filadelfia, surgió no tanto como una construcción de tipo doctrinario —como ocurrió con el parlamentarismo—; sino que fue la expresión del pragmatismo de los representantes de las ex-colonias inglesas.

Luego de largas negociaciones, en las cuales se enfrentaban principalmente los intereses de los Estados grandes con los de los más pequeños, llegaron a una solución en materia de distribución del poder tanto funcional como territorial.

Evidentemente se refleja aquí la influencia de la teoría de la separación de poderes que fuera anunciada, según siempre se ha sostenido, por Montesquieu y Locke en los siglos XVIII y XVII, respectivamente.

No puedo, ni debo avanzar en esta exposición, sin mencionar, que en rigor de verdad es Aristóteles el legítimo autor de esta teoría, ya que es él, quien hace la distinción de poderes muy puntualmente, con la diferencia verbal apenas de llamar "deliberante" al poder legislativo, y "magistraturas" a los órganos del poder ejecutivo.

Por lo tanto, no es más que una injusticia histórica, y que, ya es tiempo reparar, haber adjudicado a Montesquieu la originalidad de una teoría que pertenece por entero a Aristóteles.

Tal cual se desprende de esta teoría, en el modelo presidencial clásico, a diferencia de lo que ocurre en el parlamentario, hay tres órganos relativamente independientes entre sí, a cada uno de los cuales se les otorga una de las funciones derivadas del poder: Poder Ejecutivo-Poder Judicial-Poder Legislativo.

Una de las notas distintivas de este sistema es que el Poder Ejecutivo es unipersonal, y es ejercido por el Presidente, quien concentra en su persona las calidades de jefe de Estado y de jefe de Gobierno.

El Presidente tiene en sus manos evidentemente una enorme masa de funciones.

Los ministros y secretarios de Estado, son sus meros asistentes, pues es éste quien los designa y remueve libremente, sin que deba mediar para ello la intervención de ningún otro órgano.

Tanto el Presidente como los miembros del Congreso son elegidos de manera independiente a través del sufragio universal. El mandato de los ocupantes de ambos poderes no pueden modificarse una vez que ellos han sido electos.

Ni el Congreso, ni el Presidente, pueden remover al o a los titulares del otro poder por razones de tipo político. La excepción a esta regla la constituirá, en principio, la figura del juicio político.

Es claro, que el sistema presidencialista no pone el acento en la coordinación de poderes (o funciones), sino en su separación.

—En resumen y de lo expuesto más arriba surge lo que consideramos la nota esencial y distintiva del sistema presidencialista:

1. El sistema presidencial está más expuesto que el parlamentario a las fracturas institucionales.

2. El equilibrio de poderes es estrictamente formal dado que se sustenta sólo en la norma constitucional, antes que en la realidad política.

3. Requiere para funcionar con razonable eficacia de la verificación permanente de la voluntad política de la ciudadanía, de una cultura política desarrollada por parte de ésta, y por último de un sistema electoral que no posibilite que los intereses partidarios interfieran en las lealtades de los legisladores con la ciudadanía.

#### c) El Hiperpresidencialismo

El sistema presidencialista clásico, presenta de por sí notas de concentración de poder. Tal cual dijimos anteriormente, una de esas notas se refiere al siguiente hecho:

—el Poder Ejecutivo es unipersonal, y es ejercido por el Presidente, quien concentra en su persona las calidades de jefe de Estado y de jefe de Gobierno.

El Presidente tiene en sus manos, evidentemente, una enorme masa de facultades y atribuciones, desequilibrando de manera excesiva el principio de separación de poderes.

El hiper-presidencialismo, se ha dado en gran parte, como versión latinoamericana del sistema presidencialista, lo que ha llevado, en algunos casos, a la configuración de sistemas políticos, que en la práctica han perdido gran parte de sus atributos republicanos.

El hiperpresidencialismo o cesarismo representativo, como ha sido denominado por ciertos autores, se diferencia de la dictadura, sólo por el hecho de que el poder del jefe de Estado no es en principio ilimitado ni arbitrario.

dado que coexiste con la norma constitucional pre establecida, y su autoridad política proviene de una elección popular competitiva, y es limitada en el tiempo.

Cierto es también, que la realidad latinoamericana indica, que en este contexto político, se ha llegado al límite de suspender en sus funciones al Congreso, anulando así, nada más ni nada menos, que al Poder Legislativo, o de reformar, en algunos casos innecesariamente, el contenido de la Constitución (ej. Perú, Venezuela, principalmente a partir de la segunda mitad de la década de los noventa).

Siempre los factores de poder antidemocráticos han encontrado y encontrarán motivos de argumentación y justificación, para este tipo de actuaciones extra-poder, acentuando su prédica en la ineeficacia del sistema o en supuestas emergencias.

Esto encuentra sus causas principalmente en:

1. La tendencia a la personalización del poder en la figura del Presidente, otorgándole facultades de las que no dispone.
2. La manipulación del Congreso por el Presidente a través de favores electorales.
3. La corrupción como elemento constitutivo del sistema político de los países éticamente en vías de desarrollo.
4. La rigidez en la separación de poderes, que dificulta, cuando no impone, la concreción de formas de concertación entre ellos, que permitan un mayor consenso en la acción de gobierno.

#### *d) El hiperpresidencialismo en Argentina*

El art. 87 de la Constitución nacional define al Poder Ejecutivo como unipersonal y presidencialista.

Nuestro país no ha escapado a su realidad latinoamericana, y por lo tanto ha evolucionado, o mejor dicho, se ha desvirtuado en su dinámica institucional, hacia una concentración enorme del poder en manos del Presidente, esto no sólo no ha redundado en una mayor eficacia en el ejercicio del gobierno, sino que se ha manifestado como un entorpecimiento para asegurar la supremacía y seguridad constitucional, originando desde los mismos poderes democráticos, prácticas y políticas autoritarias.

Los mentores de la reforma constitucional de 1994, dicen haber atenuado el cesarismo de nuestro poder ejecutivo, llevándolo hacia un "semiparlamentarismo" a través de la creación de la figura del "jefe de gabinete" incorporado en el art. 100 de la Constitución Nacional.

Nada más descabellado y falso que esto.

El jefe de gabinete es un simple secretario del presidente, que lo designa y remueve a su antojo, no teniendo evidentemente este nuevo cargo la menor autonomía funcional.

Por lo tanto, y más allá de cualquier ilusión jurídica, el jefe de Estado debe sujetarse, en todo, a las instrucciones del presidente, al menos si pretende mantenerse en el cargo.

#### ESTADO

##### 5. Definición

El término *Estado* es uno de esos conceptos que posibilitan tantas acepciones como personas dispuestas a darlas haya.

Una definición de Estado comporta numerosos problemas que derivan, principalmente, de la dificultad de analizar, completamente, las múltiples relaciones que se han ido dando entre el Estado y el conjunto social.

El pensamiento político que impera y ocupa la mayor cantidad de tinta en los libros y manuales pertinentes de hoy, coincide con la idea de relacionar el rótulo de Estado, con el de régimen.

Esta es una feliz aproximación que resulta ser especialmente útil para nuestra investigación.

Por régimen político se entiende el conjunto de las instituciones que regulan la lucha por el poder, por su ejercicio y de los valores que animan la vida de tales instituciones.

Las instituciones por un lado constituyen la estructura organizativa del poder político, que selecciona a la clase dirigente y asigna a los individuos comprometidos en la lucha política su papel.

Pero, por otro lado, las instituciones, son entre otras cosas normas y procedimientos que garantizan la repetición constante de determinados comportamientos y hacen posible el desempeño regular y ordenado de la lucha por el poder, de su ejercicio, y de todas las actividades sociales vinculadas a este último.

Este concepto apoyado sobre la base de las instituciones, parecía sostener implícitamente la imposibilidad de cambio.

Todo cambio sería poco más que una ilusión:

Plató, aparentemente se aliaría al concepto con su idea de la evolución descendente desde la Creación, por eso imagina a la república como una sociedad perfecta donde nada cambia.

En el caso de Aristóteles, el cambio es el paso de algo que está en potencia, al acto.

La definición, en efecto, que el preceptor de Alejandro Magno, da del Estado es la siguiente: "*la comunidad autosuficiente para la vida perfecta*", o sea que el Estado tiene como su fin más propio y específico, la formación de un tipo humano absolutamente superior en lo moral no menos que en lo intelectual.

Todo desarrollo proviene de lo precedente.

Aristóteles bendice la historia, y de allí saldrá Santo Tomás de Aquino. También Hegel.

Me permito detenerme en Santo Tomás, para no dejar pasar en esta obra, su concepto o idea acerca del Estado, el cual es definido por el Aquinante como *unitas ordinis*, es decir unidad de orden, como lo advierte en la Suma Teológica.

El Estado deriva de la naturaleza social, racional y libre del hombre.

Allí el Estado encuentra su causa eficiente, mientras que es el bien común quien constituye su causa final.

Daremos la definición de bien común que daría en su oportunidad Juan XXIII entendiendo a éste como el conjunto de los elementos y condiciones que favorece el pleno desarrollo de la persona humana.

Però, como sostiene Popper, ni en las ciencias físicas hay verdades definitivas.

También el concepto de régimen, instituciones o estado, es más mutable de lo que se cree.

La reminiscencia de Kant aquí, es evidente y no hace más que reivindicar, un libro muy interesante "La estructura de las revoluciones científicas", de Khun.

Por lo tanto y naturalmente, la estructura del régimen, es decir el estado, o el modo de organización y de selección de la clase dirigente, es perfectamente mutable, y condiciona así, el modo de formación de la voluntad política, permitiendo diferentes clases o tipologías de estado.

En consecuencia, la transformación o la mera elección de un régimen u otro, implica ya en términos generales, la transformación o la elección de determinados valores.

El nexo entre el tipo de estado y los valores, se entiende en el sentido de que la elección de un régimen, implica de por sí límites a la libertad de acción del gobierno, y en consecuencia la creación, o no, de un ámbito de autonomía del individuo frente al poder.

### I) Elementos del estado

El estado se podría definir también como el resultado de un cálculo sumatorio de los siguientes componentes: *población, territorio, poder y gobierno*, a los cuales nos referiremos a modo casi enunciativo.

a) La Población: para mencionar a este elemento humano nuestra Constitución, con un criterio amplio, utiliza el término "habitantes", el cual es acertado porque se refiere a la vinculación física del hombre con el estado.

La población está integrada por hombres que en su convivencia, forman grupos, asociaciones, instituciones; es decir, se relacionan en interacciones y procesos sociales.

A la población estable se la denomina también "pueblo", mientras que a la flotante meramente "población".

De este modo podemos afirmar que el pueblo es aquella parte de la población que habitualmente reside en el territorio.

b) El Territorio: éste es la base física o espacio geográfico donde se asienta la población.

El territorio como elemento del estado abarca: el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo y un espacio marítimo.

c) El Poder: éste es el elemento definitorio del estado, es aquello que hace que el estado sea lo que es y no cualquier otra cosa, es decir, es su misma esencia.

El poder consiste en el hecho de que el estado detenta con éxito el monopolio del uso de la violencia legítima, o su correspondiente amenaza.

Es potencia disponible para que algo sea puesto en acto. El poder no es producto del consenso tanto como lo es de la fuerza.

Sobre el gobierno, ver punto 1.

### FEDERALISMO

#### 6. Definición

Hemos expresado en el punto 2, que las formas de gobierno apuntan o se refieren a la manera en que las funciones emanadas del poder se distribuyen entre los órganos del estado, y en particular a la dinámica de las relaciones entre poder ejecutivo y poder legislativo.

Conforme a la distribución territorial del poder, el estado puede ser: confederal, federal o unitario.

Al solo efecto de crear un cuasi-escenario comparativo, útil para un mejor análisis y comprensión del federalismo, es que daré mínimamente el concepto de estado confederal y de estado unitario.

##### a) Estado Confederal

El estado confederal es aquel integrado por entidades quasi-soberanas, unidas bajo un órgano común que tiene competencia sólo para muy limitadas cuestiones, y que no tiene *imperium directo* sobre los ciudadanos de los estados confederados, sino por medio de los gobiernos de éstos.

Los estados miembro de la confederación se reservan el derecho de ratificar las decisiones del órgano federal, de rechazarlas e incluso de hasta separarse de aquélla (derecho de secesión). Ej.: la Confederación Argentina a partir de la firma del Pacto Federal del 4 de enero de 1831.

##### b) Estado Unitario

El estado unitario, en cambio, no está integrado por unidades políticas. Es decir, no está constituido por estados o provincias autónomas que se den su propia legislación en materias reservadas.

Bajo este sistema, todas las circunscripciones, departamentos, regiones o distritos son meras divisiones administrativas del Estado. Tal era el caso de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en las abortadas constituciones de 1819 y 1826...

### c) Federalismo

En los escritos políticos, jurídicos y filosófico-históricos de Kant, encontramos la primera formulación de algunos elementos esenciales de la teoría federalista.

Lo que caracteriza su pensamiento no es todavía la negación del estado nacional o unitario, sino la negación de la guerra y de la anarquía internacional.

El proyecto kantiano se distingue perfectamente de los que lo precedieron, dado que formula un juicio que la historia de divisiones y guerras de las naciones de Europa confirmaría, sosteniendo que sólo el federalismo permitiría establecer la paz, definiendo este valor en términos radicalmente nuevos, como expresión de la exigencia de unificar los pueblos, que habían entrado en el escenario de la historia junto con la revolución francesa, creando un gobierno supranacional, respetando la autonomía, es decir sin limitar la valiosa soberanía de las distintas naciones que lo conformarían.

Para Kant la condición fundamental de la paz, es por lo tanto el derecho y su aplicación a todas las relaciones sociales, particularmente a la esfera de las relaciones entre los estados.

Sólo en el ámbito de una federación de pueblos libres, el derecho internacional se convertiría en una realidad jurídica completa, capaz de regular las relaciones entre los distintos estados.

Para que esto triunfe, los estados que entran a formar parte de la federación deben regirse por una constitución republicana, única forma de gobierno que garantiza la libertad e igualdad de los ciudadanos.

Kant es por lo tanto, el primer gran pensador federalista y su aporte teórico consiste en haber fundamentado el federalismo con una visión autónoma de los valores y del curso histórico.

El papel de los Estados Unidos de América, es fundamental porque ha sido el primer ejemplo de pacto federal entre estados soberanos y al mismo tiempo la experiencia constitucional más importante.

Los ensayos del *Federalist*, que Hamilton publicó entre 1787 y 1788 en colaboración con Jay y Madison, para sostener la ratificación de la constitución federal norteamericana, nos da una de las más completas formulaciones de la teoría del estado federal.

El principio constitucional en que se funda el estado federal, es la pluralidad de centros soberanos coordinados entre sí, de tal manera que al gobierno federal, competente respecto de todo el territorio de la federación, se le

confiera una cantidad mínima de poderes indispensables para garantizar la unidad política y económica.

A los estados federales, competentes cada uno, sólo en su propio territorio, se les asignan los poderes restantes.

La atribución del gobierno federal del monopolio de la competencia relativa a la política exterior y militar, permite eliminar las fronteras militares entre los estados, de manera que las relaciones entre éstos, adquieren un carácter jurídico y todos los conflictos pueden resolverse ante un tribunal. Lo mismo rige en las relaciones entre alguno de los estados y el gobierno federal.

Como tal, este modelo lleva a cabo una verdadera división del poder soberano de acuerdo con la división territorial, el equilibrio constitucional no puede mantenerse sin la primacía de la constitución sobre todos los poderes.

En resumen, se puede decir que los estados federales, disponen de facultades suficientes para regirse autónomamente.

La federación constituye, por lo tanto, la realización más elevada de los principios del constitucionalismo.

### d) El federalismo en la Constitución Argentina

Conforme al artículo 1º de la Constitución, la Nación Argentina adopta para su gobierno el sistema federal. Esto significa, en concreto con lo analizado precedentemente, que las funciones del poder están distribuidas territorialmente en órganos regionales.

Estos órganos son denominados, en nuestra Constitución, provincias, y coexisten con el Estado federal en un plexo de relaciones de diversos tipos.

De la masa de funciones que las provincias hayan cedido al gobierno central dependerá el mayor o menor acento en el sistema federal diseñado por la Constitución, dado que conforme el art. 121 se establece que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Este principio significa que la regla es la competencia excluyente del estado provincial.

El estado central tiene competencia como excepción a dicha regla.

Las provincias mantienen su personalidad política por medio de la autonomía.

El término autonomía se aplica a los entes capacitados para dictar sus propias normas.

Esta competencia legislativa está coordinada con el orden jurídico superior emanado del gobierno federal. La autonomía, tiene un grado menor que la soberanía y es en grado mayor que la autarquía, ya que ésta se limita a la facultad de administración.

Es prudente aclarar que la Constitución ha creado una categoría de leyes denominadas de "derecho común", inc. 12 del art. 75.

Estas se refieren a la legislación de fondo (ej. Código Civil, Comercial, etc.), que es dictada por el Congreso Nacional, pero que es aplicada con autonomía por los poderes judiciales de las provincias.

Si comparámos en este aspecto nuestra Constitución con la de Filadelfia de 1787, veremos que en ésta no existe este tipo de leyes.

La reforma constitucional de 1994 ha debilitado el sistema federal en el aspecto específicamente tributario, pero ha aportado el nuevo art. 124, puntualmente en su primer párrafo donde incluye un texto expreso sobre la facultad de las provincias a agruparse en zonas denominadas "regiones" con el objeto de incrementar el desarrollo económico y social.

#### Bibliografía

- *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Germán Bidart Campos, Ed. Ediar.
- *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Gregorio Badeni, Ed. Ad-Hoc.
- *Elementos de derecho constitucional*, Néstor P. Sagüés, Ed. Astrea.
- *Ingeniería Constitucional Comparada*, Giovanni Sartori, Ed. F.C.E.
- *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Maurice Duverger, Ed. Ariel.
- *La Política*, Aristóteles, Ed. Porrúa S.A.
- *El Contrato Social*, J. J. Rousseau, Ed. Porrúa S.A.
- *Diccionario de Ciencia Política*, Norberto Bobbio, Ed. Siglo XXI.
- *Teoría del Estado*, Carlos Strasser, Ed. Abeledo Perrot.
- *Historia de las ideas políticas*, Marcel Prelot, Ed. La Ley.
- *Historia de las ideas políticas*, George Sabine, Ed. F.C.E.

#### CAPÍTULO VI

### REFORMA CONSTITUCIONAL. PROCEDIMIENTO

Guillermo A. Calandrino

Aceptando la concepción de la doctrina francesa, de que el estado es la comunidad políticamente organizada (recordando que el estado se compone de cuatro elementos: población, territorio, gobierno, poder), se deduce que la constitución, es la comunidad política y jurídicamente organizada (tesis ésta que alberga la teoría contractualista acerca del origen del estado, como algo posterior a la sociedad, que oportunamente expusiera Rousseau). Partiendo de esta base es que accedemos a los conceptos de poder constituyente originario, y poder constituyente derivado, y su contracara el poder constituido. Si siguiendo a Bidart Campos asociamos el poder al concepto dinámico de pujanza, fuerza, capacidad destinada a algo, hacia algo, que deberá ser su razón de ser (apartándonos de ese concepción estática por la cual el poder es una relación de mando y obediencia) entendemos al poder como un medio para alcanzar un fin. En el caso del estado (reiterando la concepción del estado como grupo humano, como comunidad políticamente organizada), el poder es consecuencia de la sumatoria de voluntades humanas que lo conforman y que lo utilizan (por eso es un medio), con la finalidad de alcanzar una idea de bienestar general. Por tal razón este poder es político, porque proviene de la "polis" (comunidad).

El concepto del poder constituyente originario, no es ajeno a este razonamiento. El mismo rememora la primigenia voluntad fundacional de una sociedad, que apunta a la sanción de un ordenamiento jurídico como modo de encauzar, ordenar el agrupamiento político (político = polis = comunidad), en el que voluntariamente se encuentra sumida (por eso es que algunos fundamentan el origen del estado en la evolución de la familia, primero hacia la sociedad, y de ésta a la comunidad, siendo esta última forma de agrupamiento la antecesora inmediata y fundadora del estado). Este ordenamiento jurídico sancionado de forma primigenia a manera fundacional, en ejercicio de ese poder constituyente originario, no es otro que la constitución nacional (de ahí que se defina a la Constitución Nacional como la comunidad política y jurídicamente organizada).

La lectura del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional nos permite identificar cada uno de los elementos que hemos mencionado. Así, el mismo comienza relatando el tipo de poder que se ejerce ("Nos los representantes

del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente", una Asamblea legislativa constituyente que ejerce un poder fundador cónstituyente originario), siguiendo con la justificación de la representación arrogada ("...por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes", recordando brevemente aquí que en la lógica constitucional federal, las provincias existieron como comunidad de manera previa al estado federal que finalmente fundaron), continuando a posteriori con la descripción de cuál es el fin al que pretenden alcanzar mediante el ejercicio de ese "medio" al que denominamos "poder constituyente originario" ("...con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad").

El poder constituyente derivado, por el contrario, es aquel que se ejerce para reformar el texto constitucional (en nuestra Constitución Nacional en ejercicio de lo normado por el artículo 30). Ejemplificando la diferencia entre ambos poderes, podemos imaginar que el poder constituyente originario es aquel que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón, columnas), en tanto que el poder constituyente derivado es el que se utiliza para modificar el orden con que recibimos la casa (cambio de muebles de lugar, anular una ventana, abrir una nueva puerta). Obsérvese en tal sentido que si el poder constituyente derivado reformulara íntegramente la Constitución, el mismo estaría ejerciendo funciones de poder constituyente originario, puesto que estaría redundando la Ley Fundamental sobre la que se estableció una comunidad (siguiendo el ejemplo brindado, imaginemos demoler la casa, para construir un edificio).

El poder constituido por el contrario, es el poder que ejerce el estado, a través de los órganos que fueron creados por la Constitución Nacional (por eso se asocia poder constituido a poder político del estado, aclarando nosotros, poder político de los órganos del estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En tanto el titular del poder constituyente es el pueblo, el titular del poder constituido son los representantes del pueblo, elegidos por sufragio (de ahí que el pueblo no delibera, ni gobierna sino de manera indirecta, léase a través de sus representantes). El poder constituido es un segundo nivel de poder, es el que se ejerce no ya por la comunidad, sino por los órganos que creó la comunidad a través de su primigenia Ley Fundamental.

#### LÍMITES DEL PODER CÓNSTITUYENTE ORIGINARIO, DERIVADO Y DEL PODER CONSTITUIDO

Habitualmente suele decirse que el poder constituyente originario no reconoce límites positivos (entiéndase verticales, de arriba hacia abajo), sino sólo colaterales. En teoría, esto es así puesto que el poder constituyente originario nace y se ejerce para precisamente crear límites positivos allí donde nos los había, y establecer la distribución de competencias de los órganos que ejercerán el poder constituido (los órganos creados por la Constitución Nacional). Así suele mencionarse que el poder constituyente originario sólo

encuentra límites de carácter suprapositivo (de derecho natural, no escrito formalmente); de las costumbres o realidad social; del derecho internacional público (tratados internacionales), y de los pactos preexistentes. Estos dos últimos, si bien tienen existencia normativa, no pueden condicionar a un estado que todavía no existe, sino que sólo vincula a alguna de las unidades territoriales (en nuestro caso las provincias, que existieron con carácter previo al estado federal) que se suman a un proyecto de unidad nacional (el estado federal).

Analizando estos condicionamientos a la luz de la C.N., observamos como el Preámbulo invoca a "...Dios fuente de toda razón y justicia" como modo de justificar la inspiración en que se basó la creación del Texto Supremo; así como también menciona "...en cumplimiento de pactos preexistentes", como que los objetivos que se plantea alcanzar ("...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad"), son reflejo del anhelo social que motivó la convocatoria de la Asamblea Constituyente (muchos de estos objetivos estuvieron plasmados en documentos constitucionales que sirvieron de antecedente al Texto Constitucional, por ejemplo, la Asamblea del año XIII, el Reglamento de 1815, el Reglamento de 1817, la Constitución de 1819, la Constitución de 1826, el Tratado de Pilar, el Pacto de Benegas, el Tratado del Cuadrilátero, el Pacto de San Nicolás, el Pacto de San José de Flores, entre otros). En sentido contrario, y por eso hablamos de que "en teoría", el poder constituyente originario no reconoce límites, la última parte del art. 31 de la Constitución Nacional, es un ejemplo de un condicionamiento normativo al que se vio sometido el proceso del poder constituyente originario que se inició en 1853, y que culminó con la incorporación de la Provincia de Buenos Aires al estado federal en 1860 (el mismo estipula cómo la constitución de la Provincia de Buenos Aires, último territorio provincial que se sumó al proyecto de unidad nacional, a consecuencia de la batalla de Cepeda que diera origen al Pacto de San José de Flores, se encuentra exenta de adaptar su contenido a lo estipulado por la Constitución Nacional).

#### LÍMITES FORMALES DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado (aquel que se ejerce para reformar el Texto Constitucional), sí reconoce límites formales, los cuales provienen de la propia Constitución Nacional, más precisamente de la norma originariamente redactada por el poder constituyente originario que estipula el procedimiento que debe seguirse para llevar adelante el proceso de reforma constitucional (en nuestro caso, el art. 30 de la C.N.), procedimiento éste que a su vez condiciona la clasificación constitucional (rígida, cuando la constitución se reforma por un procedimiento distinto que el utilizado para sancionar las leyes; o flexible cuando el propio órgano que sanciona las leyes, es el encargado de reformar a la propia C.N., ver Cap. III).

Así, suele decirse que el poder constituyente derivado reconoce: límites formales y límites materiales. El primero de ellos hace referencia al procedi-

miento establecido y que ha de seguirse para reformar la C.N. (quórum que habilite la sanción de la norma que estipule la necesidad de la reforma, fijación del temario por parte del Congreso; órgano encargado de materializarla —Asamblea Constituyente—, plazo de duración del mismo), en tanto que el segundo haría referencia a qué partes de la C.N. son enmendables, recordando que el art. 30, permite que la misma sea reformada en "todo" (referencia cuantitativa y no cualitativa, conforme Bidart Campos) o en cualquiera de sus partes.

#### LIMITES DEL PODER CONSTITUIDO

Conforme lo expresáramos, la Constitución Nacional, es la organización política y jurídica de la comunidad, es decir que esta "super ley", o Ley Suprema, es la herramienta jurídica con la que habrá de organizarse la comunidad, adoptada o sancionada en ejercicio del primigenio poder constituyente originario. Ahora bien, los órganos del poder enumerados en la parte orgánica del texto constitucional, ejercen el poder constituido, el poder institucionalizado del Estado, con arreglo al principio de supremacía constitucional y de legalidad emanado en nuestro caso, del art. 31 de la C.N., lo cual implica que toda la actividad estatal realizada en ejercicio del poder constituido, para ser legal, debe respetar los principios formales y materiales enunciados en el Texto Constitucional (así, por ejemplo, sería inválida la sanción de una ley que no respetara el procedimiento establecido en el art. 77 de la C.N.; o la sanción de normas formalmente legales, pero materialmente contrarios a lo estipulado por la C.N.). De esto se desprende que los límites del poder constituido (entiéndase actividad del poder político del Estado), se derivan del cumplimiento de las pautas competenciales brindadas por el Texto Constitucional (límites formales), como del respeto del contenido material de la C.N. (límites materiales), y del cual deben derivarse el resto del ordenamiento jurídico, so pena de ser descalificado como inconstitucional (precisamente por juzgarse contrario al texto constitucional).

#### PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El mismo se encuentra reglado por el art. 30 de la C.N., el cual establece que: "...La Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto".

Del mismo se deduce dos etapas, la que ha dado en llamarse una como preconstituyente, o de iniciativa por la cual el Congreso de la Nación, con un quórum agravado vota la necesidad de la reforma del texto constitucional, fijando un temario de puntos reformables, convocando a una Asamblea Constituyente a fin de que materialice la misma, cuyos integrantes (denominados convencionales constituyentes) serán elegidos por sufragio universal a fin de ejercer el poder constituyente derivado, que llevará adelante la etapa de revisión.

La escualidez semántica del art. 30, es lo que habilitó distintas interpretaciones "complementarias" de la misma, que por vía de la fuente "costumbre" se apuntó a completar. A priori, se vislumbra la interrelación entre el poder constituido con el poder constituyente derivado, puesto que es un órgano del Estado (el Congreso de la Nación), el que debe sancionar una "ley" que declare la necesidad de la reforma. Algunos autores estiman que la actuación del Congreso por la que se autoriza a declarar la necesidad de la reforma constitucional, no reviste carácter legislativo (y por ende no podría ser vetada por el P.E.), sino carácter, esencia o naturaleza política y hasta preconstituyente. La costumbre legislativa estableció que las dos terceras partes del total de los miembros, al que como quórum hace referencia el art. 30, debe computarse sobre el total de los miembros elegidos por sufragio universal en cada Cámara, y no sobre el total de los presentes (la única excepción a este criterio, se adopta para la sanción de la ley que autorizó la reforma constitucional de 1949, criterio éste con el que se justificó, entre otros aspectos, la abrogación de la misma). Como dijimos, la "ley" que sanciona el Congreso no sólo apunta a autorizar la reforma de la Constitución, sino que fija el temario de puntos susceptibles de reforma y sobre el que habrá de actuar la Asamblea Constituyente (que ejercerá el poder constituyente derivado), a convocarse.

Enumerando los problemas interpretativos que ocasiona el artículo 30 de la C.N., podemos mencionar:

1) Si el acto por el cual el Congreso declara la necesidad de la reforma, es formalmente una ley.

Estimamos que sí, por dos razones. Desde el punto de vista formal, porque es un acto emanado del Poder Legislativo, en ejercicio de la función legislativa que le es propia; y desde el punto de vista sustancial también lo es porque impone obligaciones a los ciudadanos de sufragio para la elección de los convencionales constituyentes, en la medida en que la misma no se limita a fijar un temario de reforma del texto constitucional, sino que convoca a la Asamblea Constituyente encargada de materializar la misma, la que se integra de acuerdo al resultado electoral.

2) En qué tipo de sesión debe votar el Congreso la declaración de necesidad de reforma constitucional, en Asamblea Legislativa, o cada Cámara por separado.

La doctrina mayoritaria se inclina por la tesis de la votación de cada Cámara por separado.

3) Cómo se debe computar el quórum de las 2/3 partes de sus miembros.

Se puede interpretar que el computo puede practicarse sobre: a) el total de los miembros electos de cada cámara; b) el total de los miembros en ejercicio; c) el total de los miembros presentes en la sesión de votación.

La costumbre parlamentaria, con excepción de la reforma constitucional de 1949, se inclinó por votar la reforma con las dos terceras partes del total de los miembros electos, respetando la rigidez constitucional de nuestro Texto

Supremo, que no se agota en la mera convocatoria a una Convención Constituyente para que materialice la misma, sino que el quórum agravado exigido es lo que precisamente acentúa la rigidez del procedimiento al asegurar que la tramitación y sanción del mismo, excederá el trámite habitual de sanción de una ley ordinaria.

#### ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

La Asamblea Constituyente, encargada de ejercer el poder constituyente derivado en la etapa de revisión del Texto Constitucional, como todo órgano de poder posee atribuciones (para alcanzar el fin para el que fue convocada), que suelen clasificarse en explícitas, que son las que surgen de la ley que declara la necesidad de la reforma, e implícitas, que son las utilizadas por la Convención Constituyente para instrumentar la forma en que desenvolverá su accionar (reglamentos, quórum, comisiones, etc.).

A raíz del tema de las atribuciones de la Asamblea, se suscitó un debate jurídico de trascendencia institucional, cual es si la Asamblea Constituyente posee facultades suficientes como para considerarse soberana, o por el contrario autónoma. De acuerdo a la postura que se adopte será la actitud que se exigirá a la Asamblea frente al temario de reforma sancionado por el poder constituido (Congreso de la Nación), esto es si de acatamiento o inobediente.

Recordando brevemente los conceptos en estudio, suele decirse que la soberanía constituye la expresión de un poder superior que se vincula al Estado independiente, a su autodeterminación comprendiendo al poder constituyente fundamental. La soberanía es el carácter supremo de un poder, supremo en el sentido que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él, ni en concurrencia con él. De ahí que cuando se dice que el Estado es soberano, implica que en la esfera en que su autoridad es llamada a ejercerse, posee una potestad que no depende de ningún otro poder y que no puede ser igualada por ningún otro poder. Es en definitiva el poder que no se encuentra jurídicamente subordinado a otro. La autonomía, por el contrario, implica el reconocimiento de una subordinación jurídica con otro. En nuestro sistema jurídico, la C.N. adoptó la forma federal de Estado, lo que implica que el Estado federal es supremo (principio consagrado en el art. 31 del C.N.), y que las provincias (que históricamente fueron preexistentes al Estado federal), abdieron su soberanía originaria en pos del nacimiento del Estado federal (cfr. arts. 121 y 123, C.N.), pasando a ser autónomas (cfr. art. 5, C.N.), reconociendo la autoridad superior del Estado federal que es soberano.

De esto se desprende que si se postula que la Asamblea Constituyente es soberana, la misma no reconocerá las limitaciones impuestas por el poder constituido (Congreso de la Nación), a través del temario impuesto en la ley que declaró la necesidad de la reforma, sosteniendo los que avalan esta postura que el poder constituyente (sin distinguir el originario del derivado), no puede encontrarse subordinado al poder constituido.

Por el contrario, la tesis que postula que la Asamblea Constituyente es autónoma, reconocerá la subordinación de la misma a los límites impuestos por el temario de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, y frente al mismo la propia Convención Constituyente podrá reformar la C.N. en todos los puntos establecidos por el temario, o reformar conforme algunos puntos del temario, o no reformar nada; pero lo que no puede hacer es extralimitarse de los puntos del temario.

Particularmente nos inclinamos por la última postura (que tradicionalmente es la que se ha acatado), en la convicción de que la primera no reconoce la diferencia entre poder constituyente originario y derivado, recordando que el primero sí es soberano, en la medida en que no reconoce límite positivo alguno, puesto que se ejerce para crear un ordenamiento jurídico hasta ese momento inexistente; en tanto que el poder constituyente derivado (o poder reformador), sí reconoce límites positivos en la medida en que la propia C.N. constituye el ordenamiento jurídico creado, que tiene contenidos pétreos (es decir inmodificables), pero que por sobre todas las cosas no puede ejercerse a partir de una ilegalidad cual es que la comunidad, a partir de la ley que declaró la necesidad de la reforma, es convocada a sufragio y elige representantes para que el Texto Constitucional sea reformado, conforme los puntos establecidos por el Congreso de la Nación. En tal lógica, no pueden los convencionales constituyentes que ejercen el poder reformador extralimitarse de la función para la que fueron elegidos, so pena de caer en una ilegalidad (perdiendo su legitimidad de origen), y que la reforma que materialicen no sea a posteriori validada por la comunidad destinataria de la misma.

#### LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DESDE SU SANCIÓN

##### Reformas del siglo XIX

Desde su nacimiento en 1853, la Constitución Nacional fue modificada en los años 1860, 1866 y 1898, en el siglo XIX. Respecto de su primera modificación se discute si la misma constituyó una reforma constitucional o la conclusión de la tarea constituyente originaria iniciada en 1853 en Santa Fe, esto es si la Asamblea Constituyente de 1860 ejerció poder constituyente originario, o si ejercitó el poder constituyente derivado o reformador. La discusión se suscita a raíz de que el primigenio texto constitucional contenía una prohibición de reforma del mismo por un período inicial de diez años (el art. 30 originario), y el ordenamiento jurídico recién instaurado no hubiese sido muy creíble si partía de un incumplimiento por parte del poder constituido que hubiera encarado su reforma en contra de los postulados del texto constitucional que había jurado cumplir. Por la mencionada reforma, se materializó la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, a la Confederación Argentina, quien no obstante haber perdido en la batalla de Cepeda su soberanía (23 de octubre de 1859), logró su ingreso a la Confederación imponiendo condiciones (ver el contenido del Pacto de San José de Flores, firmado el 11 de noviembre de 1859), como lo refleja la última parte de la redacción del art. 31 de la C.N. (por el cual la constitución provincial de Buenos Aires, no será revi-

sada por el Congreso Federal), en clara desigualdad con lo que en su oportunidad se había establecido para el resto de las provincias. En tal sentido, cabe recordar que Buenos Aires, impuso como condición de su ingreso a la Confederación, revisar el texto constitucional sancionado en 1853, a fin de que sus objeciones pudieran ser elevadas ante la Convención Constituyente Nacional que se convocara en 1860. Las objeciones al texto histórico de 1853 por parte de Buenos Aires, no obstante no ser vinculantes para la Convención Nacional Constituyente que se reunió en Santa Fe el 14 de setiembre de 1860, apuntaron a reforzar el poder autónomo provincial e hicieron eco en la Convención. Así entre otras reformas Buenos Aires, consiguió que se eliminara la mención de la Ciudad de Buenos Aires, como capital de la Confederación, la aprobación de las Constituciones Provinciales por parte del Congreso, y en materia de reforma constitucional se eliminó la parte del artículo 30 que prohibía que el texto constitucional fuera modificado a partir de diez años luego de su sanción definitiva, como que la necesidad de la reforma constitucional fuera planteada originariamente por el Senado de la Nación. La Convención de 1860 también estableció la competencia compartida para aplicar los códigos de fondo entre Nación y Provincias, según que las cosas o las personas recayeran en sus respectivas jurisdicciones, conforme lo previo el histórico artículo 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12).

#### *La reforma de 1866*

Si bien esta reforma constitucional (que implicó en nuestra postura, el primer ejercicio del poder constituyente derivado o reformador), no fue trascendental en cuanto a las modificaciones que introdujo (en rigor se modificaron los arts. 4 y 67 inc. 11, a fin de extender "sine die" los derechos de exportación por parte del Gobierno Federal fijados por el Congreso Nacional), sentó las bases de la costumbre parlamentaria que a posteriori se habría de seguir como procedimiento para reformar el Texto Constitucional, en complemento con lo establecido por el art. 30. En tal sentido el Congreso Nacional sancionó las leyes 171 y 172, por las cuales se establecen el temario de actuación, y límites dentro de los cuales deberá actuar la Convención Reformadora, al establecer que la misma podía reformar o no lo establecido por el poder constituido, pero no reformar fuera del temario (ley 171), y por la segunda se fijó las condiciones que debía reunirse para ser convencional constituyente.

#### *Reforma de 1898*

La ley que declaró la necesidad de la reforma fue la número 3507. El temario susceptible de reforma o no por la Convención Constituyente fue la necesidad de modificación de los ex artículos 37 (45 actual) a fin de modificar la base poblacional de representación por cada diputado; el 87 (actual 100), en lo referente al número de ministros del Poder Ejecutivo; y 67 inc. 1 (75 inc. 1) a fin de posibilitar la incorporación de aduanas interiores en el sur del país (enmienda ésta que no fue aceptada). La reforma de 1898 fue materializada conforme el procedimiento utilizado para la reforma de 1866, lo que fue afincando la costumbre parlamentaria establecida en refuerzo de las lagunas del art. 30.

#### *Reformas del siglo XX*

##### *Reforma constitucional de 1949*

La reforma de 1949 (finalmente abrogada del texto), partió de una polémica, cual fue el apartamiento de la tradición parlamentaria seguida como etapa preconstituyente para sancionar la ley declarativa de la necesidad de la reforma. En tal sentido la ley 13.323, fue sancionada sin el quórum de las 2/3 partes del total de los miembros de cada Cámara (sólo se votó sobre los miembros presentes), y tampoco se fijó un temario determinado sobre el cual debía actuar la Convención Reformadora a convocarse, apartamiento éste que marcó el destino de la enmienda. Por la misma se materializaron cambios a la parte dogmática del texto constitucional, concordantemente con el auge del constitucionalismo social desatado a principios del siglo XX en México, con la Constitución de Querétaro de 1917 (así, se añadieron a la parte dogmática el capítulo dedicado a los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y cultura, y el capítulo dedicado a la función social de la propiedad). En lo referente a la parte orgánica, se modifica la prohibición de reelección del presidente, aunque manteniendo la duración del término del mandato (seis años).

El golpe militar de 16 de septiembre de 1955 derrocó al gobierno civil de Juan Domingo Perón, y mediante la proclama del 26 de abril de 1956 se restableció la vigencia de la constitución histórica de 1853-1860, con las reformas de 1866 y 1898, dejando sin efecto la reforma de 1949.

#### *Reforma de 1957*

Como el gobierno constitucional de 1949-1955 había sido derrocado por la fuerza militar, la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional no podía provenir de un Congreso Nacional que el gobierno de facto había disuelto. Por tal razón, lejos de seguirse el procedimiento establecido por el art. 30, con más la tradición parlamentaria reformista del siglo XIX, se echó mano de un decreto-ley (el 3838/57) que convocó a elecciones de convencionales constituyentes y si bien se fijó un temario de reforma de 30 artículos. La Convención Constituyente que sesionó en Santa Fe, sólo introdujo una modificación a la parte dogmática del texto constitucional, con la sanción del art. 14 bis, también conocida como cláusula social, en la medida que incorpora los derechos de segunda generación al texto clásico (creyendo que la misma nomenclatura asignada por el convencional constituyente delata la falta de convicción respecto de la legalidad de la tarea reformadora encarada, en atención al origen fáctico de la convocatoria, no atreviéndose a correr el orden numérico del texto histórico de 1853-1860), añadiéndose también la obligación del Congreso de la Nación de dictar el Código de Trabajo y de la Seguridad Social, dentro del histórico artículo 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12).

#### *Reforma de 1972*

Sila reforma de 1957 fue polémica en cuanto al origen de la convocatoria (un decreto-ley emanado de un gobierno de facto), la reforma constitucional

de 1972 es jurídicamente escandalosa en la medida en que no sólo se violó la etapa preconstituyente, sino que directamente la reforma fue practicada por el poder constituido en ejercicio de un poder de facto, que de manera revolucionaria subordinó el texto constitucional a un Estatuto Fundamental que introdujo por la sola voluntad de quienes lo sancionaron (todos en ejercicio de poder de facto) reformar al texto constitucional (los ex arts. 43, 45, 46, 48, 55, 56, 67 inc. 7, 77, 68, 69, 71, 86 incs. 11 y 12, 87, 96 y 105, conjuntamente con la suspensión de los ex-arts. 67 inc. 18, 82, 83, 84 y 85 de la C.N.).

Con un dejo de razonabilidad, se estableció en el mencionado Estatuto que las reformas introducidas tenían un carácter transitorio con fijación de fecha de resolución de las cláusulas y modificaciones introducidas (mayo de 1977, prorrogado hasta mayo de 1981).

#### *La reforma constitucional de 1994*

La ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional fue la ley 24.309, por parte del Congreso Nacional en ejercicio del poder preconstituyente. Formalmente se siguió la mejor costumbre parlamentaria como procedimiento para la sanción de la misma. Así la misma, fue votada con los 2/3 partes del total de los miembros de cada Cámara, abortando la intención del extinto legislador Francisco de Durañona y Vedia, quien había presentado un proyecto sobre tablas a fin de reglamentar el quórum del art. 30, con las dos terceras partes de los miembros presentes pretendiendo flexibilizar una norma que los constitucionalistas reconocen como rígida. Sin perjuicio de ello, la ley 24.309 fue cuestionada por ser el producto no de un consenso congressional, reflejo de uno social, sino que la misma expresó el consenso alcanzado por los ex-presidentes Raúl Alfonsín y Carlos Saúl Menem, respectivos presidentes a su vez de sus agrupaciones políticas. La mencionada ley 24.309, a su vez estableció lo que se conoció como "cláusula cerrojo", en la medida en que su artículo 2 consagró una serie de reformas (13 puntos) que por mandato del art. 5 del mismo texto, debía aprobarse o desecharse en bloque, no pudiendo la Convención Constituyente a convocarse aprobar parcialmente algunas de las reformas aconsejadas por el mencionado artículo 2.

Fuera de este núcleo cerrado, la ley 24.309 consignó un temario abierto (16 puntos) que podía ser modificado o no (art. 3), a la vez que impidió toda modificación de la parte dogmática del Texto Constitucional clásico (art. 7), sin perjuicio de agregar al mismo un novel capítulo titulado "Nuevos Derechos y Garantías" (arts. 36 de la C.N. en adelante).

Convocada la Convención Constituyente, la misma en su Reglamento Interno, decidió sancionar un artículo (el 127) que reprodujera el art. 5 de la ley 24.309, por el cual dispuso que las 13 reformas contenidas en el art. 2 de la ley 24.309, debían aprobarse o desecharse en bloque. La reforma fue sancionada por la Asamblea Constituyente el 22 de agosto de 1994, publicándose en el Boletín Oficial el 23 de agosto del mencionado año.

Si bien no es tema del presente capítulo el estudio pormenorizado de la misma, podemos mencionar como aspectos más salientes de la misma, la incorporación de los derechos de tercera generación en el Capítulo titulado

"Nuevos Derechos y Garantías", como la protección del consumidor y del medio ambiente (arts. 41 y 41), y las garantías procesales para hacerlos valer (el amparo colectivo, art. 43). Asimismo, la jerarquización constitucional de garantías legales como el amparo, el hábeas corpus, y la creación del hábeas data (idem).

Dentro del aspecto orgánico, sin duda que lo más saliente fue el reescalonamiento normativo delineado por el art. 75 inc. 22, aggiornando el contenido del art. 31 del texto clásico, con la jerarquización constitucional de los diez documentos de Derechos Humanos, y un Protocolo Facultativo, allí enumerados (lo cual obliga a que el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales deba efectuarse a partir de la reforma del '94, con la C.N. y con los once documentos de Derechos Humanos taxativamente enumerados). A renglón siguiente, estableció la jerarquía infraconstitucional pero supralegal de los Tratados en general, sin perjuicio de permitir que los posteriores Tratados de Derechos Humanos que por la mera aprobación del Congreso, poseen jerarquía supralegal, puedan llegar a tener jerarquía constitucional en el caso de que los mismos sean aprobados con la misma mayoría agravada (dos terceras partes del total de los miembros), exigidas para sancionar la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional.

Respecto del Poder Ejecutivo, las novedades estuvieron dadas por la ambigua prohibición-permiso para sancionar decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3), como la aprobación tácita, y la observación parcial de leyes enviadas por el Congreso para su promulgación ahora permitida por el art. 80 del nuevo texto constitucional, conjuntamente con la posibilidad de reelección de su titular, con el acortamiento del mandato presidencial (de seis a cuatro años de duración), antes prohibida.

En lo que hace al Poder Judicial, la creación del Consejo de la Magistratura (art. 114), como órgano encargado de la selección de los jueces nacionales por concurso de antecedentes y oposición, con excepción de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo la creación del Ministerio Público, como una especie de cuarto poder, con las atribuciones establecidas por el art. 120 del nuevo texto.

Queda por último mencionar la aparición de la Ciudad de Buenos Aires, como nuevo sujeto de derecho, convertida en una suerte de Ciudad Estado, con las mismas atribuciones y potestades que el resto de las provincias (regimen de gobierno autónomo, con facultades de legislación, jurisdicción y elección de su jefe de gobierno por parte del pueblo de la ciudad —art. 129 de la CN—).

## CAPÍTULO VII

## FUERZAS POLÍTICAS

*Juan Fantini*

Sumario: Fuerzas políticas que inciden en la estructura constitucional. Opinión pública. Factores de presión. Partidos políticos. Su regulación.

## LAS FUERZAS POLÍTICAS

Desde los griegos nos proviene la concepción errónea de un orden político ideal (1). Lo real es que el orden político es histórico y lo característico de la historia es el movimiento y el cambio.

La realidad política es de carácter dinámico. La política es esencialmente actividad y una de sus partes fundamentales puede ser denominada *vida política*.

A la parte dinámica opuesta a lo organizado y estabilizado por el derecho se la llama *dinámica política* (2).

El orden y la estabilidad son elementos esenciales de la realidad política y, para que haya orden se requiere de comportamientos coordinados. Se trata de un equilibrio dinámico que resulta de la capacidad del orden para integrar las fuerzas del movimiento, debiéndose diferenciar entre los cambios que se producen en el orden político de aquellos que implican un cambio del mismo.

Al insertar el movimiento en el orden las fuerzas provocan las evoluciones y los cambios. Mediante este concepto se puede denominar a todos los actores de la actividad política excluyendo únicamente a los ocupantes de los cargos de gobierno.

Las fuerzas políticas. Concepto y uso de la expresión

Sé entiende por *fuerzas*, a los elementos o fenómenos que engendran el movimiento. Por una parte, alude a los protagonistas de la vida, dinámica o actividad política (por ej. partidos políticos, grupos de presión), resultando a

(1) FRIEDRICH, CARL J., *Teoría y realidad*, ps. 517/518.

(2) PRELOT, MARCEL, *La ciencia política*, ps. 93/97.

vezes difícil de diferenciarlas de los factores culturales de la actividad política (por ej. ideologías y mitos). Cabe destacar que las fuerzas del orden se diferencian y se oponen a las fuerzas del movimiento.

Este concepto corresponde a lo que se denomina "poder político no estatal", quedando excluidas así las instituciones estatales.

La potestad pública encarna el derecho positivo, la regla de derecho, por lo que las fuerzas políticas actúan con el objeto de fijar el contenido de ese derecho (3).

En cambio, aquí se alude a los protagonistas, principalmente colectivos, de la actividad política, a los modos con que realizan esa actividad y a algunos problemas que la misma suscita. Además, tanto las fuerzas del movimiento como las del orden son consideradas en tanto y en cuanto constituyen el poder político no estatal.

Si bien el concepto se difunde a partir de 1950, ya en el año 1948 la UNESCO (4) había confeccionado una lista en donde bajo el título de "Partidos, grupos y opinión pública" incluía a: los partidos políticos, los grupos y asociaciones, la participación del ciudadano en el gobierno y en la administración, y la opinión pública. A partir de 1953, comprendió: los partidos políticos, los grupos de presión, las fuerzas obreras, las fuerzas religiosas, los factores nacionales, las minorías y los emigrados, los factores raciales y las clases y grupos sociales; quedaban al margen pero dentro de la vida política la opinión pública (incluyendo la ideología y la propaganda), el liderazgo y el comportamiento político (incluso las elecciones). Luego se incluyeron a las clases medias, las fuerzas campesinas, las fuerzas ideológicas, los militares y se separó a los partidos políticos en grupo aparte de las restantes fuerzas políticas.

Según el autor de quien se trate encontraremos distintas acepciones de algunos que utilizan el término de contrapoderes (5) hasta aquellos que las denominan poderes de hecho (6).

#### Clasificación de las fuerzas políticas

Ateniéndose a la característica cuantitativa de sus integrantes, las fuerzas políticas se pueden clasificar en: *individuales* (el político, el líder) y *colectivas*. A su vez, éstas últimas entre *grupos no organizados* (entre las cuales se encontrarían aquellas colectividades difusas con límites vagos y de cohesión espontánea, pero con frecuencia muy débil (ej.: *opinión pública*) y *grupos organizados* (aquellos que poseen límites precisos y reconocen un jefe, se ajustan a reglas y cuentan con adherentes, por ej. *partidos políticos*) (7).

(3) BURDEAU, GEORGES, *Método de la ciencia Política*, ps. 383/391.

(4) UNESCO, (París, 1950), *La science politique contemporaine. Contribution à la recherche, la méthode et l'enseignement*.

(5) BERTRAND DE JOUVENEL, op. cit. por Mario Justo López, ver cit. N° 9.

(6) BURDEAU, op. cit.

(7) PRELOT, op. cit.

Además de coincidir con el criterio clasificador numérico de los componentes, otros las agrupan según su procedencia, es decir, si parten de un deseo o de una necesidad reflexiva las clasifican entre *espontáneas* y *conscientes*. Por su origen, en *económicas, religiosas, espirituales y de tradición*. Según el objetivo que tengan con relación al régimen político existente en *compatibles e incompatibles*. Según las normas establecidas por el régimen político existente para la actividad política de los que no ocupan cargos o funciones de gobierno en *oficiales y poderes de hecho*. En cuanto al carácter inorgánico u orgánico de los grupos que son sujetos o portadores de las fuerzas políticas en *fuerzas difusas*, que son las que están diluidas en la masa o en ciertas categorías sociales (por ej. *opinión pública*, conciencia de clase, ideario colectivo, creencias e ideologías) y *fuerzas organizadas* que son las que corresponden a grupos organizados con órganos propios (por ej. *partidos políticos*, cuerpo electoral, grupos de presión, prensa) (8).

Entre nuestros doctrinarios, puede hacerse referencia a aquella clasificación que las divide en *fuerzas orgánicas* (aquejlos que tienen órganos propios), *específicas* (partidos políticos o fuerza política propiamente dicha), *politizadas, sociales* (grupos de presión, prensa), *estatales* no específicamente políticas (prensa, burocracia, fuerzas armadas); y, *fuerzas inorgánicas* (sin órganos propios): *opinión publica* (9).

Debido al carácter dinámico que cabe reconocer en el accionar de las fuerzas políticas, su conducta entra en conflicto permanente con las formas de las instituciones, alcanzando tal magnitud que se centra en la problemática de la ciencia política contemporánea abocándola al estudio de las relaciones entre *sociedad y estado*. Debido a ello cabe reconocer la existencia de un divorcio entre las formas políticas (constitucionales) y las fuerzas políticas. Aquí también podemos incluir la contraposición existente entre constitución formal y constitución en sentido material con el consecuente fenómeno de las mutaciones constitucionales (10).

#### OPINIÓN PÚBLICA. FUENTES

##### Ubicación como fuerza política y consideración. Temática general

La opinión pública es una fuerza política inorgánica. Es decir, que se trata de un "poder político no estatal", que puede obrar tanto en el sentido del orden como en el del movimiento, presuponiendo siempre la existencia de un grupo inorgánico y determinado, por lo que carece de órganos propios y no se encuentra institucionalizado.

##### Historia de la expresión, del fenómeno y del concepto

Algunos se remontan a la edad media para encontrar allí a sus primeros antecedentes, pero tal como lo conocemos hoy en día, surge en Francia a

(8) BURDEAU, op. cit.

(9) LOPEZ, MARIO JUSTO, *Introducción a los Estudios Políticos*.

(10) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J. y CARNOTA, WALTER E. en *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo I, pág. 167 y ss., Ed. Ediar, 1998.

fines del siglo XVIII. Si bien el fenómeno histórico, surge a partir de la antigua Grecia y Roma, adquiere real importancia a partir del racionalismo y el liberalismo. Como concepto lo utilizaron Herodoto, Aristóteles, Cicerón, Maquiavelo, Hobbes, Locke, y es a partir de Kant que se tiene la primera formulación del concepto de opinión pública con suficiente claridad. Por su parte Heller lo atribuye a la escuela fisiocrática (Rivieres y Neckér), luego aprovecharon de él Hegel, Corinte y Jellinek entre muchos otros (11).

#### Consideración científica del fenómeno, diversidad de enfoques. Metodología

A veces interviene en su estudio, los enfoques de la sociología (la cual se centra en los distintos estratos sociales en el proceso de gestación de la opinión pública), la psicología social (que se fija en la relación entre la opinión pública y las actitudes, motivaciones inconscientes, imágenes y representaciones) y la ciencia política (con un enfoque sólo político, en la conexión con el régimen político y su gravitación sobre la vida, instituciones e ideas políticas, por sobre las decisiones de igual naturaleza). Asimismo, debemos diferenciar entre el concepto de opinión pública de las técnicas existentes para su investigación.

#### El enfoque de la ciencia política: titularidad, contenido, caracteres

La opinión pública es un estado de conciencia colectiva acerca de cuestiones de interés público, se caracteriza por ser racional e irracional a la vez, calificada, móvil, socialmente condicionada y sujeta a estímulos externos. Tiene tres elementos: a) sujeto o titular, el cual es siempre colectivo (cuasi grupo - no es cuantitativo - serie de conjuntos humanos unidos solamente por la condición de protagonistas de un mismo proceso - sujeto múltiple, anónimo e indeterminado, carece de límites precisos); b) requiere de un mínimo de homogeneidad (sino habría corrientes de opinión de bandos enemigos); c) objeto o contenido: estado de conciencia sobre cuestiones o hechos de interés público.

La opinión es un "estado de conocimiento" intermedio entre la certidumbre y la ignorancia, una probabilidad de saber. Un dato de utilidad para caracterizar la opinión pública lo constituye la naturaleza del hecho o cuestión sobre el cual recae, ya que debe tratarse de un hecho controvertible que suscita actitudes, que no es individual ni secreto, refiere siempre a una cuestión de interés general (público o privado) y que forma parte de la realidad.

Sus características son, ser racional e irracional a la vez, debido a que se expresa a través de actividad intelectual, de razonamiento pero a la vez se ve influida por factores sentimentales o emocionales, calificada (estrato atento y enterado de la sociedad), móvil, obedece a estímulos externos (según el carácter de las cuestiones, educación, información, propaganda, acción de las fuerzas políticas organizadas) y condicionada socialmente (dependiendo de la estructura económica-social)

(11) Ver López, MARIO JUSTO, op. cit., pág. 484.

#### Opinión pública y régimen político

Algunos autores la relacionan con la democracia constitucional por ser el régimen que proporciona las condiciones institucionales que favorecen y posibilitan la misma (por ej. libertad de información, expresión, prensa, reunión, asociación, institucionalización de la oposición, etc.). Su existencia se convierte en necesaria para el buen funcionamiento del régimen y se da en todo tipo de régimen político pero difiere el nivel de influencia notablemente entre los que pueden denominarse democráticos de aquellos que no lo son.

**Caracterización de la opinión pública como fuerza política: formación, fuentes**

#### *La opinión pública como fuerza política*

La opinión pública es para la mayor parte de los autores una fuerza política, y la caracterizan como uno de los elementos que protagonizan la actividad política según el régimen político de que se trate.

#### *El proceso de formación de la opinión pública. Fuentes*

No existe un modelo de proceso único. Para algunos, pueden enunciarse los siguientes pasos (12): la noticia del hecho llega al conocimiento de los ciudadanos a través del periódico de la mañana, suscita en ellos vagos sentimientos de aprobación o desaprobación. Durante el día se vuelve a tomar contacto con la noticia mediante otros periódicos, conversaciones y aparecen los primeros comentarios. Comienza cada uno a perfilar su posición. Sigue una segunda etapa cuyo centro lo ocupan las discusiones. Las posiciones se cristalizan. En una tercera etapa, las posiciones se enfrentan entre sí y en la posterior se proyectan en la acción de cada uno.

Para otros (13), en cambio, cabe hablar de una creación original (por parte de una personalidad creadora aún cuando quede en el anonimato), con vocación intelectualizada (numerosas personas bien conocidas en su círculo de acción - entendidos/voceros). Aquí habrá opinión técnica, comprensión objetiva (allí es donde se revela el componente emocional, la verdadera morada de la opinión pública), comprensión subjetiva ("hombre masa" o "rebano", función pasiva receptiva nada creativa).

Lo indiscutible es que la opinión pública es la resultante de un proceso que se realiza en varias etapas y en el que participan actores que corresponden a distintos estratos sociales como culturales.

En el proceso de formación de la opinión pública además de las fuentes, se advierte la existencia de promotores, ámbitos, medios y modos que concurren en dicho procedimiento. Entre las fuentes pueden distinguirse, las de tipo originarias que dan lugar a la existencia de la misma y aquellas que se

(12) Bayes. *The American Commonwealth*.

(13) Cosso, Carlos, cit. por López, MARIO JUSTO, ver cita N° 9.

abocan a su difusión, estudio y valoración (ambas pueden ser de tipo individual o institucional), entre los promotores se encuentran las fuerzas políticas orgánicas específicas u organizadas. Los ámbitos son aquellos en los cuales tiene lugar el proceso y en particular el diálogo o el debate se vinculan y confunden con los medios, instrumentos y vehículos. En cuanto al modo, se enfrentan información vs. propaganda, por un lado información y educación y por el otro aquellos que hacen que de opinión pública tenga sólo el nombre (v. gr. propaganda).

#### FACTORES DE PRESIÓN

**El problema del gobierno invisible y el tema de los grupos de presión y de los factores de poder**

El poder político en su conjunto y en su complejidad constituye lo que se ha denominado la *constelación del poder*, la cual se manifiesta por una parte en la actividad de los ocupantes de los cargos de gobierno y por otra en la de aquellos que no ocupan tales cargos o que procuran ejercer influencia sobre la actividad de los que sí lo hacen.

En todo régimen aun en los más autocráticos, el poder político no está constituido exclusivamente por el que ejercen los ocupantes nominales o visibles de los cargos o roles de gobierno. Aquellos que están al lado, detrás o enfrente de los que mandan, son actores por sí mismos, de comportamientos que despliegan poder, sea de carácter religioso, militar, económico, sindical, de la prensa, etc. y también específicamente político.

Sobre la actividad de los ocupantes de los cargos de gobierno y al margen del accionar de los partidos políticos, se despliega siempre *influencia* (muchas veces invisible) por parte de personas o grupos no ocupantes de ellos.

El grado de influencia varía en función del régimen del que se trate y de la calidad de los influyentes. Dicho problema, sin reconocer la tesis del llamado gobierno invisible, la cual entiende que el poder político estatal no es desplegado por sus titulares jurídicamente establecidos sino por otros que permanecen en la penumbra haciendo que el gobierno del estado sea algo así como una función de títeres, se acentúa aún más en el régimen democrático representativo en razón de lo que el mencionado hecho significa con respecto a la esencia de dicho régimen.

Con el término factores de poder se hace referencia a todas las fuerzas políticas cuya actividad no está encaminada a lograr la ocupación de los cargos o roles de gobierno, sino únicamente a *influir* en las decisiones políticas. Asimismo, por grupos de presión se entiende a aquellas asociaciones —no simples individuos— que ejercen o tratan de ejercer *influencia*; pero que no ocupan lugar alguno en la estructura estatal, exceptuando a la prensa en razón de sus características especiales.

#### Factores o grupos de presión y grupos de interés

Los *grupos de interés* son aquellos que se forman en torno a intereses particulares comunes, con la finalidad esencial de defenderlos. Esos grupos llegan a ser de presión cuando en cumplimiento de su propia y específica finalidad, influyen sobre los ocupantes de los cargos o roles de gobierno, de los partidos políticos o de la opinión pública. Por lo que se puede afirmar como lo hace Segundo Linares Quintana que todos los grupos de presión son grupos de interés pero no todos los grupos de interés son grupos de presión.

#### Caracterización de los grupos de presión

Por lo general tienen organización permanente, con órganos propios que los dirigen y representan. Sus integrantes, en principio, no son ocupantes de cargos de gobierno. El factor que une y reúne a sus integrantes es la defensa de un interés común entre ellos y que es particular con referencia a la sociedad global. Devienen fuerzas políticas al desplegar una acción ordenada a ejercer influencia en la adopción de decisiones políticas, pero no se proponen obtener para sus integrantes los cargos de gobierno ni participan en las competencias políticas.

#### Clasificación de los grupos de presión

Si bien existen muchas clasificaciones, la más apropiada es aquella que se realiza en función de la naturaleza del interés defendido. A tales efectos debe tomarse al concepto "interés", en sentido amplio, es decir como valor que provoca la inclinación del ánimo a su favor y sin confundirlo, por lo tanto, con el interés material, que es sólo una de las especies del género.

Por lo tanto, existen grupos de interés relacionados con la actividad principalmente, económica, social, educativa y cultural, religiosa y los relacionados con la actividad política propiamente dicha.

#### Dinámica de los grupos de presión. El "lobbying"

La palabra "lobbying" deriva de *lobby* —literalmente: pasillo, corredor, antecámara, salón de los pasos perdidos— que en los Estados Unidos designa las partes del edificio del Congreso o de las legislaturas de los estados, en las que está permitido el ingreso de personas ajenas al respectivo cuerpo. Fue en esos lugares donde se comenzó a desplegar el trabajo de los grupos de presión tendientes a convencer a los legisladores. Por lo tanto, con el término *lobby* se hace referencia al sistema de influencia cualquiera sea el sujeto pasivo. *Lobbyist* refiere al sujeto activo de la influencia y *lobbying* a la actividad desplegada al efecto sin que interese el lugar ni el carácter de la misma. Se manifiesta en intentos de influir en la elaboración, trámite y sanción de proyectos legislativos, intentos de influir en las plataformas o programas electorales de los partidos políticos, en la nominación y elección de candidatos para ocupar cargos o roles de gobierno, e incluso en la formación de la opinión pública.

Lo señalado precedentemente no debe llevar al error de creer que sólo los legisladores se encuentran en condiciones de ser "sujeto pasivo", sino que todo ocupante de un cargo público puede serlo (p. ej. el titular del Poder Ejecutivo o un Ministro de la C.S.J.N.). Es decir que todo representante del poder que ejerza directa o indirectamente "política distributiva" puede ser pasible de este accionar.

### Regulación jurídica de la actividad de los grupos de presión

En los Estados Unidos de Norteamérica ha habido una amplia legislación tanto a nivel estatal como federal a fin de evitar que los grupos de presión y en especial los *lobbies* conspiren contra el recto funcionamiento del régimen representativo. Se prevé la inscripción de los "lobbistas" en un registro que lleva el Congreso y donde deben declarar las actividades desarrolladas y un detalle de los fondos empleados a sus efectos, su origen y destino (14).

### LOS PARTIDOS POLÍTICOS. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. EL ROL DE LA OPOSICIÓN. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

¿Los partidos son reconocidos o creados por la ley? ¿Es posible definir a los partidos políticos?

Partimos de la premisa de que según sea el nivel de estudio a partir del cual se aborde el tema de los partidos políticos se justificará o no la necesidad de definirlos.

Habitualmente, el estudiante tiene dos procedimientos intelectuales por los cuales abordar una institución del derecho, por asimilación o por oposición. Los partidos políticos gozan de una particularidad propia que permite al interesado acercarse a una definición de los mismos, permitiendo establecer en primer término aquello que no es, para luego definirlos.

Sin perjuicio de lo que expondremos a continuación, es posible responder que la legislación en materia de partidos políticos no es constitutiva ya que reconoce la preexistencia de los mismos.

Esto se debe a que si bien la incorporación de los partidos políticos a los textos constitucionales es relativamente reciente, no ha ocurrido lo mismo a nivel doctrinario. Desde la antigüedad y con mayor intensidad a partir de mediados del siglo XVIII han tenido cabida en la doctrina constitucional pero sin distinguirlos de las facciones políticas y los grupos de presión, interés u opinión. Dicha confusión no ha sido disipada totalmente en la actualidad toda vez que se sigue considerando partidos políticos a ciertas agrupaciones que reciben tal denominación por obra de la ley, pero que en la realidad de

(14) Sobre este tema véase *La expansión de los "lobbies" en Estados Unidos y en Europa Occidental*, por CARNOTA, WALTERS, ED. 143-930 y ss.

los hechos sólo participan con aquellos en el objetivo común de conquistar el poder, lo que puede agotar a cualquier simple agrupación pero nunca a un partido.

Es por ello que en las páginas anteriores hemos tratado de conceptualizar aquellas fuerzas políticas que se distinguen de los partidos y seguidamente abordaremos los mismos.

### Los partidos políticos

La existencia de grupos humanos que pugnan por el poder es tan antigua como la propia existencia del hombre, más precisamente desde que comenzó la denominada "*relación política*" (relación de mando y obediencia). Desde entonces, se da la existencia de unos pocos que mandaron y otros muchos que obedecieron (dentro de estos últimos existía una minoría que pretendió desplazar a los gobernantes y ocupar su lugar).

Para algunos historiadores, *pasado* es sinónimo del relato de las luchas por el poder. El problema se centra en el tema del *conflicto* y del *consenso*. Por necesidad de autodefensa los que pugnan por el poder, los que quieren ocuparlo y los que buscan defenderlo, necesariamente se agruparán en asociaciones más o menos numerosas, *naciendo así los partidos políticos*.

Maurice Duverger señala que "nacieron al mismo tiempo que las elecciones y la representación", vislumbrando dos formas clásicas, creación de un comité encargado de conseguir fondos para un candidato y su campaña; o una agrupación de diputados de diverso origen que se agrupaban para defender intereses comunes. Esto demuestra un origen "desde el poder" y en otros casos "desde abajo" (15).

Un concepto *amplio* de partido, está relacionado a esa particular forma de convivencia a través del conflicto. Por otro lado, está el concepto moderno, que los ve como una asociación que guarda cierta forma, regulada por determinadas normas y que emplea ciertos métodos propios de los Estados modernos. Esto último surge con el sistema de partidos propio de la democracia representativa. Cabe destacar que muchos demostraron desconfianza a estos intermediarios entre la voluntad general y el poder (por ej. Rousseau).

Sin perjuicio de las afirmaciones que anteceden, no debe perderse de vista que los partidos están integrados por *hombres* y por ello es necesario definir y conceptualizar a los que participan en los mismos. En cuanto a este tema en particular hay quienes efectúan una calificación de los hombres, según el grado de "apetencia" por el poder que tengan:

—*Poderosos*: aquellos que ocupan el poder y luchan con todas sus fuerzas para mantenerse en él.

—*Buscadores de poder*: aquellos que guiados por su instinto tratan de desalojar a los anteriores para quedarse ocupando sus cargos.

(15) DUVERGER, MAURICE, *Sociología política, Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, Los partidos Políticos, e Introducción a la política*.

—*Atentos al poder*: aquellos que se interesan por los problemas políticos, leen, hablan, forman la opinión pública, deciden, se afilian etc. No buscan el poder como prioridad.

—*Indiferentes al poder*: se interesan solo ocasionalmente por los asuntos políticos; tienen opinión por lo general adversa a la clase política, cualquiera que sea quien la integre.

Las dos primeras categorías forman parte de lo que usualmente se denomiña "clase política" y tienden a ser más estables y equilibrados que los dos últimos que no integran la misma. La expresión *clase política* fue creada por Gaetano Mosca (16), asimismo, individualiza la clase gobernante y la clase de los gobernantes, la primera sería siempre una minoría, esto es una constante desde las sociedades primitivas (la moderna antropología discute esta última aseveración ya que entiende que el poder político es consecuencia de una evolución posterior). La clase política monopoliza el poder y disfruta de los beneficios que derivan de ese monopolio. La segunda es dirigida por la primera, en una forma legal o arbitraria. No existen los "gobiernos de uno", pues nadie puede gobernar solo sin el apoyo de una clase política.

Tampoco existen, para el autor, el "gobierno de todos" o de la mayoría. Los votantes cuando eligen, lo hacen entre los pocos candidatos que han presentado los partidos que por definición son minorías organizadas. En la clase política existen dos estratos o niveles, • los dirigentes máximos, entre quienes se reparten los cargos más importantes y • una clase media que con el tiempo se convierte en el elemento más importante.

Para Mosca, la clase dirigente debe lograr la *fórmula política*, una idea que explique y justifique su derecho de dominio o de ocupar el poder. Debe ser creíble y dar legitimidad al sistema de poder. Toynbee demuestra que las "minorías creadoras" son las protagonistas del devenir de las sociedades, sosteniendo que cuando dicha minoría cae el "colapso social" está cercano (17).

#### Evolución de los partidos

Es posible identificar las etapas que ha recorrido el partido político, en el devenir de su formación, en principio se dio la existencia de: a) *Familias aristocráticas*: unidas por intereses comunes, partícipes de las glorias del pasado, se creen acreedoras de los valores patrios, se agrupan en defensa del poder que inmemorablemente les pertenece; luego se fueron sumando y en algunos casos reemplazando a los anteriores integrantes de una "élite" dando lugar a b) *Partidos de notables*; para finalmente dar paso a los c) *Partidos democráticos-plebiscitarios* (partidos de masas de Duverger).

Las características de estos últimos serían: • existencia de asambleas que eligen los candidatos, • existencia de políticos profesionales, • diferenciación

(16) MOSCA, GAETANO, *La clase política*.

(17) TOYNBEE, ARNOLD; *Estudio de la Historia*, citado por TUJUO ORTIZ en *Política y Estado*.

entre aquellos que actúan desde afuera del partido de los que lo hacen desde adentro (burocracia partidaria) (18).

Por su parte, Robert Michels denuncia el "hecho de la dirección" la cual requiere de una minoría que dirige tres elementos esenciales, *las finanzas, la propaganda y el uso de la co-acción*.

Hoy en día ya nadie sostiene que los partidos no son una *condictio sine qua non* para la teoría de la representación política como lo hicieran alguna vez Sieyés-Friedrich-Washington. En la actualidad no es posible discutir que son "un mal inherente a los gobiernos libres" (Tocqueville) e indispensables para la existencia del régimen representativo (Bryce, Ostrogorski, Kelsen, Laski, Neumann, Sartori).

Autorizada doctrina establece que los partidos son prácticamente indispensables para que el pueblo pueda expresarse, la disciplina que introducen en la agitación de las ideas mediante doctrinas y programas permiten abrir paso a la voluntad nacional (19).

Entre nosotros Mario Justo López omite dar una definición, ya que sólo los encuadra dentro de las fuerzas políticas *orgánicas*, estableciéndolos como verdaderos protagonistas colectivos, con sus órganos propios y describiendo sus elementos constitutivos al señalar que: • sus integrantes forman una organización permanente (en esto coincide con Duverger, Ranney, Kendall, Friedrich, Bryce, Loewenstein), • no son ocupantes de los cargos públicos, • están unidos por un mismo proyecto, • su fin inmediato propio y exclusivo es que algunos integrantes ocupen cargos públicos e influir en el proceso de adopción de las decisiones políticas, • sus medios de acción dependen del régimen político en el que actúan, en los regímenes democráticos representativos se traduce en *participar por sí mismos en las competencias electorales*.

#### Clasificación de los partidos políticos

Una *clasificación* entre muchas otras es la que da Duverger, admitiendo la existencia de, 1) *Partidos de cuadros*: de los cuales existen dos tipos: a) *estilo tradicional*: importa más la calidad que la cantidad de miembros, sufragio limitado, da lugar a partidos liberales o conservadores. Los notables se daban cita en los *club* al estilo inglés. b) *estilo moderno*: producto del voto universal y de la competencia con el partido de masas. Intenta asimilar elementos "funcionales" (partido laborista inglés) o "corporativos" (partido demócrata cristiano austriaco).

2) *Partidos de masas*: organización inventada por los partidos socialistas a fin de solventar los gastos de las campañas y además para que el partido sirviera de instrumento de educación política de las masas. Algunas variantes son:

a) *Partido socialista*: recluta la gente en función a la ubicación geográfica donde concurren los vecinos afiliados de determinado distrito o sección electoral (fijado por ley, no por el partido).

(18) WEBER, MAX, *Economía y Sociedad*.

(19) BURDEAU, op. cit.

b) *Partido comunista*: recluta sus adictos a través del sistema de "células", agrupaciones por trabajo, actividad o profesión. Estructuradas jerárquicamente y de pequeño tamaño. Se denomina "centralismo político" a la disciplina partidaria unida a una ideología.

c) *Partido fascista*: la fundamentación gira en torno a la milicia, fuerza paramilitar, por medio de la violencia garantiza la vigencia de los puntos de vista de sus adeptos (integren o no la milicia).

Neumann al dar su clasificación se basa en la idea de partidos pro y anti sistema: *partidos de representación individual, partidos de integración social (democrática) - total*.

Jellinek: partidos legítimos e ilegítimos o fragmentarios, según busquen satisfacer los aspectos fundamentales de la vida del estado o no.

Xifra Heras según los intereses que defienden los partidos los clasificó en puros (si representan los intereses de toda la comunidad) e impuros (sólo defienden los intereses exclusivos de un sector).

### Funciones de los partidos

En principio las funciones se clasifican en electorales y gubernamentales y luego según la postura que éstos adopten con respecto al régimen político establecido es posible distinguir entre aquellos que se encuentran a favor del régimen democrático constitucional de aquellos partidos que se encuentran en contra o al margen del sistema.

Entre las funciones de los primeros encontramos: • encauzar la voluntad popular, • educar al ciudadano para encarar su responsabilidad política, • servir de eslabón entre la opinión pública y el gobierno, • seleccionar la élite que debe conducir los destinos del país, • proyectar la política del gobierno y controlar su ejecución.

En los del segundo grupo la función primordial es desarrollar la actividad de destrucción del sistema establecido y de sostén de aquellos regímenes creados por ellos.

### Sistemas de partidos políticos

La cantidad de partidos implica una característica importante del sistema político; la medida en que el poder político está no fragmentado, disperso o concentrado. Asimismo, alerta sobre el número de posibles corrientes de interacción. Cuanto mayor es la cantidad de partidos mayor es la complicación del sistema en cuanto a su viabilidad como tal. Aquí es importante el criterio que se utiliza para contar, determinándose *a priori* qué partidos importan, en virtud de la fuerza que tienen.

Para esto último es relevante la función de distribución del poder y la posición que ocupa en la dimensión izquierda/derecha. En cuanto a la dimensión que ocupan, si bien la caída del Muro de Berlín, la desaparición de la división entre "mundo occidental" y "mundo oriental", "Este u Oeste", "ca-

pitalismo o comunismo", "perestroika", "fin de la guerra fría", etc. llevaron a Fukuyama a pregonar el "fin de la historia" y con esto la imposibilidad de establecer una dimensión izquierda/derecha como en décadas anteriores, al día de hoy es posible hablar de una dimensión "individual/social" la cual es inescindible de la cosmovisión de cualquier ser humano.

Finalmente, se impone la necesidad de establecer un criterio de no importancia (que ayude a determinar qué partidos quedan fuera del conteo).

La fuerza de un partido es su fuerza electoral, que a su vez determinará su potencial de gobierno y el grado de posibilidad de coalición (viable) o de chantaje (partido antisistema o en la capacidad de veto en el partido parlamentario).

Con lo señalado precedentemente, es factible enumerar las *clasificaciones de los sistemas de partidos* que pueden darse y allí encontramos junto a Giovanni Sartori los de: • de partido único, • de partido hegemónico, • de partido predominante, • bipartidista, • de pluralismo limitado, • de pluralismo extremo y de atomización.

Asimismo es posible determinar la relación existente con los sistemas electorales (20). En las democracias modernas todo lo que tiene que ver con los partidos es de importancia para determinar el *régimen de partidos*, cuyos elementos son: • número de partidos, • dimensiones respectivas, estructuras internas, • existencia de alianzas, ideologías, • tipos de oposición.

El sistema electoral puede modificar el sistema de partidos políticos y con el ello el sistema político en sí. A partir de esta afirmación Duverger formula tres leyes sociológicas.

—*El escrutinio mayoritario a una sola vuelta tiende al bipartidismo*. Lo que permite ir de la subrepresentación a la polarización.

—*La representación proporcional tiende a un sistema de partidos múltiples e independientes entre sí*, sin que la existencia de varios partidos debilite la tendencia.

—*El escrutinio mayoritario a dos vueltas tiende a un multipartidismo*. Estableciéndose que en caso de existir segunda vuelta, la definición del proceso electoral se dé entre alianzas de partidos.

Si un partido logra vencer la subrepresentación y la polarización se produce un efecto amplificador. El sistema de la representación proporcional neutraliza la caída de un partido histórico, de lo contrario el partido desaparecería y sus adictos serían absorbidos por el sistema mayoritario.

### Régimen legal de los partidos

Es el conjunto de normas jurídicas estatales que regulan la organización y funcionamiento del partido político, al cual por ser una asociación le son aplicables las normas constitucionales.

(20) DUVERGER, MAURICE, op. cit.

Para Xifra Heras: existen cuatro sistemas de reglamentación legal de los partidos:

- de control exterior o institucionalización externa (sistema clásico o liberal);
- de control ideológico-programático (represivo, preventivo, se exige correlación entre los fines del partido y el régimen político);
- de control estructural y funcional o institucionalización interna (evitar de hecho la desvirtuación del régimen político contemporáneo);
- de incorporación (regímenes totalitarios).

#### Antecedentes legales de la reglamentación de partidos políticos en la República Argentina

Antes de la reforma de 1994 el tópico en cuestión era tratado a partir del análisis de los arts. 33, 1 y 22 de la C.N. Luego de la reforma, dicho tema es tratado específica y puntualmente en el art. 38 C.N. (además y en igual sentido ver arts. 37, 99 inc. 3, cláusula transitoria cuarta y las referencias existente respecto de los mismos en los tratados internacionales incorporados a la Constitución con motivo de la reforma de 1994 art. 75 inc. 22).

Entre ambos períodos se dieron leyes como la 16.652 hasta la 23.298 con frondosa "legislación" creada durante gobiernos de facto que más que reglamentarlos o ejercer un control estatal de los mismos apuntó directamente en algunos casos a la proscripción de determinados partidos como así también a la abolición de los partidos.

¿Se debió incorporar el tema de los partidos políticos al texto constitucional? ¿Reporta algún beneficio su inclusión en la Carta Magna? Creemos que sí, ya que en virtud de lo dispuesto por el art. 38 no pueden ser desconocidos o desnaturalizados, por el contrario debe tenderse a asegurar: *organización y funcionamiento democrático, representación de las minorías internas, competencia para la postulación de candidatos (senadores), acceso a la información pública y difusión de sus ideas, contribuir al sostenimiento económico y la capacitación de sus dirigentes*.

El reglamento de la Convención Nacional Constituyente de 1994 en su art. 57 estableció la competencia de la Comisión de Participación y Defensa de la Democracia para dictaminar sobre los asuntos referidos a la regulación constitucional de los partidos políticos, el sistema electoral y la defensa del orden constitucional, como así también al referéndum, iniciativa y consulta popular, y otros mecanismos de participación democrática directa y semi-directa, como al Consejo Económico y Social y de la unificación de iniciación de los mandatos electivos.

En dicha Convención se ha aprobado el régimen de partidos políticos, a quienes definió a nivel constitucional como instituciones fundamentales de la República y la democracia. Por su parte ya la ley de partidos políticos número 23.298 había determinado que son personas jurídicas de derecho público para la realización de la democracia.

Al considerar el dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos en mayoría y en minoría originados en la Comisión de Participación Democrática sobre incorporación de un artículo en la segunda parte, en el nuevo capítulo sobre regulación constitucional de los partidos políticos, artículo 3, inciso j, de la ley 24.309 (Orden del Día N° 4) aconsejó la siguiente redacción y la Convención Nacional Constituyente sancionó: como despacho de mayoría lo siguiente: "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 las actividades de los partidos políticos; quienes deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio". Los despachos de minoría no merecieron objeciones de redacción, y sólo hubo una disidencia parcial.

En cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, la Convención Nacional Constituyente sancionó: "Incorporarse como artículo nuevo en el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución Nacional el siguiente: Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto de la 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 y la capacitación y formación de los dirigentes de los partidos políticos, quienes deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonios" (21).

La Comisión de Participación Democrática resolvió oportunamente que el miembro informante del dictamen de mayoría fuera el señor convencional por Santa Fe, quién señaló que tanto los que habían presentado disidencias parciales como él mismo, creían que la redacción a la que se había arribado realmente reflejaba las necesidades de estos tiempos en lo que se refiere a dar rango constitucional a la protección de la herramienta que las sociedades tienen para generar los cambios y las transformaciones que anhelan. Porque eso, en definitiva, son los partidos políticos ya que no hay una sociedad que pueda buscar una transformación positiva sin el instrumento idóneo que son los partidos políticos. Cuando se trata de transformar la sociedad hay que tener una idea de lo que se quiere hacer, es decir, el modelo de sociedad que se va a buscar mediante el esfuerzo colectivo.

Todos los países del cono sur que han pasado recientemente por procesos de constitucionalización, han incorporado propuestas que tienen que ver con la disidencia parcial. Por ejemplo, en cuanto a la prohibición de financia-

(21) Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente.

miento de actividades políticas por parte de extranjeros, la Constitución brasileña lo dispone en su artículo 17 que, entre otros preceptos, determina la prohibición de recepción de recursos financieros de entidades o gobiernos extranjeros o de subordinación a éstos. La Constitución paraguaya hace lo propio en su artículo 118: prescribe que los partidos políticos no podrán recibir subvenciones ni directivas del exterior. Para quienes rechacen estos modelos constitucionales, puede mencionarse a Chile, cuya Constitución, en el inciso 15 del artículo 19, estatuye que las fuentes de financiamiento de los partidos políticos no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero.

También hubo un tema que si bien no quedó incorporado formó parte del debate en la comisión y fue la preocupación que hubo por parte de los convencionales que integraron la Comisión de Participación Democrática, quienes señalaron la necesidad de que alguna ley, en el futuro inmediato, considerara las situaciones relacionadas con los gastos, con la igualdad de posibilidades de los partidos y con el financiamiento de las campañas electorales.

Hay muchas sociedades que fijan un máximo de tiempo para las campañas, punto que también fue discutido en la comisión. Si bien no quedó incluido en el texto de la norma, se sostuvo la importancia de que sea considerado. Existen sociedades con dificultades económicas que ven como se gastan fortunas en las campañas electorales, mientras sus necesidades básicas siguen insatisfechas. Fijar un monto en el gasto no es imposible, como tampoco poner un límite en el tiempo. Y si se pone un límite en el tiempo de las campañas electorales a la vez se estaría estableciendo también un límite en el gasto.

Dicho tópico, ha sido considerado en otras sociedades, donde incluso se le ha dado rango constitucional. Está el caso de la Constitución de Colombia, en nuestro continente, y el de la ley alemana de los partidos políticos del 24 de junio de 1967, que constituyen un claro ejemplo que abona nuestra tesis. El artículo 109 de la constitución colombiana dispone que la ley podrá limitar el monto de los gastos de los partidos, movimientos o candidatos que puedan realizar en las campañas electorales. En el caso alemán, más allá de las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 21 de la constitución alemana, el artículo 18 de la ley mencionada establece un sistema de cálculo del costo adecuado de las elecciones, y dispone en los artículos siguientes, del 19 al 21, un sistema de reposición en función de los primeros y segundos votos obtenidos por los partidos, así como una autorización expresa a que los Länder impulsen igual política en el ámbito de sus competencias electorales.

Es de destacar que el tribunal constitucional alemán sostuvo la constitucionalidad de esta política, dejando así de lado sus fallos anteriores del 24 de junio de 1958, que declaró la inconstitucionalidad de las exenciones fiscales para aportantes de cuantía ilimitada a los partidos, y del 19 de julio de 1966, que declaró inconstitucional la percepción directa sin limitaciones de fondos presupuestarios para trabajos de formación política.

Por último, este tema ha suscitado innumerables debates en los Estados Unidos. Este país reconoce su antecedente más lejano en la "Tillman Act", de 1907, que prohibía a las sociedades comerciales y bancos realizar contribuciones para candidatos a cargos electivos federales. En 1971 fue sancionada la "Federal Election Campaign Act" (FECA) y, en su reforma de 1974, convocó a todo el mundo político americano, ya que impuso serias restricciones a las contribuciones privadas y a los gastos electorales de los Comités de Acción Política, los "Political Action Committees", o PAC's. La Corte Suprema modificó el plan político de la FECA, manteniendo el siguiente esquema: las restricciones a los gastos, medidas en dinero, son inconstitucionales. Ello, luego del fallo "Buckley versus Valeo", de 1976. No fue así en las restricciones al gasto expresadas en tiempo, modo y lugar, conforme al fallo "United States versus Grace", de 1983. Los límites a las contribuciones fueron declarados constitucionales en función de la célebre distinción que la Corte hizo en el primer fallo citado, aunque algunos de sus miembros, como Thurgood Marshall, revisaron posteriormente su posición originaria. En este caso, Marshall lo hizo en un voto en "Federal Election Commission versus National Conservative Political Action Committee" de 1985.

Hay innumerables elementos en el marco del derecho constitucional comparado que señalan no sólo una tendencia, sino una preocupación en lo referido al financiamiento de los partidos políticos y de las campañas. Obsérvese que en la opinión de los constituyentes estaba presente el caso de "mani pulite" ocurrido en Italia, en donde no había quedado partido sin cuestionar.

La postura del despacho en minoría estuvo representada por el señor convencional por Mendoza. Quien señaló que ese despacho no había tenido simplemente el propósito de distinguirse del que desde su posición aprobaron los partidos mayoritariamente representados en aquella Convención Constituyente, sino que fue el resultado de no haber podido coincidir en aspectos que para ellos eran fundamentales y apuntaban a cuestiones de técnica constitucional (22).

Consideraban que la institucionalización de los partidos políticos era un tema que ya estaba contenido en nuestro texto constitucional, basándose en fallos de la Excmo. Corte Suprema de Justicia de la Nación tales como el caso del "Partido Obrero" del año 1962, y en las posturas de diversos constitucionalistas quienes desde siempre coincidieron en señalar que los partidos políticos son un elemento fundamental del sistema democrático, representativo y republicano de gobierno. Habiendo atribuido a los partidos políticos rango constitucional a través del concepto contenido en el artículo 1º de la Constitución Nacional, que los considera parte integrante de nuestra forma de gobierno al consagrar el sistema representativo.

Por ese motivo, la primera discusión en comisión fue sobre si existía la necesidad de consagrar esta enmienda o si resultaba totalmente superabun-

(22) Por éste tema ver BADEN, GREGORIO, "Reforma Constitucional e Instituciones Políticas".

dante. Al expedirse mediante un despacho de minoría, por lo menos coincidieron en la necesidad de una breve referencia. Estaban a favor de una mención constitucional simple, muy breve y genérica, para dejar a consideración de la ley la reglamentación de la vida de los partidos políticos, mientras que la mayoría había optado por incorporar algunos aspectos de detalle que a juicio de los segundos no respondía a una adecuada técnica constitucional.

En este orden de ideas, postulaban criterios más sobrios y sencillos, como por ejemplo los contenidos en el artículo 4º de la Constitución francesa, que dice que "los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio, se organizan y funcionan con absoluta libertad e independencia, y solamente deben someterse al principio de la soberanía popular y de la democracia". O como el concepto contenido en el artículo 49 de la Constitución italiana que expresa que "todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse con fines políticos para concurrir por método democrático a determinar las políticas nacionales".

El especialista italiano en régimen de partidos políticos, Francesco Leoni, considera que la tarea de la ley es disciplinar una fuerza verdaderamente indisciplinable, que es la de los partidos políticos, mientras que jamás podrá abarcarse según la consideración de Loewenstein en una legislación.

Los partidos políticos no respetan completamente las disposiciones legales que los rigen, de allí las dificultades de legislar y reglamentar en esta materia. Ni la Constitución ni la ley pueden cambiar a los partidos políticos; apenas sí pueden intentar mejorar su funcionamiento. La tarea de la ley debe ser permanente, un esfuerzo recurrente en procura de lograr un funcionamiento más adecuado a los fines que se persiguen.

Naturalmente todos coincidieron en la importancia del rol que juegan los partidos políticos en el sistema democrático. La diferencia en este caso radicaba en el camino para lograr que estos puedan consolidarse y prestigiarse como instituciones del sistema.

Faustino Legón sostiene que la Constitución simplemente debe diseñar la arquitectura fundamental. Es plausible el voto de la minoría en cuanto a que la Constitución apenas debe tocar aspectos de la ingeniería o las cuestiones estructurales fundamentales, dejando para la ley el capítulo reservado a su arquitectura, que puede ser cambiante en función de la evolución de los tiempos; incorporando conceptos más idóneos y eficaces para lograr el propósito de que esta herramienta sirva de mejor manera a los intereses de la democracia y de la República.

El concepto de la competencia también planteó algunos interrogantes, ya que tal como quedó consignada esa competencia es exclusiva y excluyente de los partidos políticos, reconociendo constitucionalmente, a nuestro entender, el monopolio de los partidos políticos para postular a sus candidatos y lo que conlleva la consecuencia de limitar el derecho a la libre postulación, para que los partidos se transformen en verdaderos filtros que limitan el ejercicio del sufragio. Cabe destacar que este tema está reconocido en el estatuto de todos los partidos políticos. En 1983, la Corte Suprema de

Justicia de la Nación en el caso "Ríos" (23) ha resuelto que esta facultad no es un monopolio constitucional. Pero otra cosa es consignarla y cristalizarla definitivamente en la Constitución, sin brindar oportunidad a la ley para que corrija esta distorsión y coloque las cosas en su justo término con el objeto de que el ejercicio del importante rol de los partidos políticos no limite las libertades de los ciudadanos para postularse y ser elegidos.

Asimismo, corresponde señalar que si el objetivo era la consagración constitucional de una libertad, esto no se cumplió dando lugar por el contrario a un privilegio en favor de los partidos políticos. Bajo esta consideración se pretendió amparar aspiraciones de gobernadores que postulaban su reelección en distintas provincias (24). En el seno de la Convención se presentó un proyecto de resolución donde se establecía la incompetencia de la Convención Constituyente de innovar en esta materia que es propia de las constituciones locales.

La igualdad consiste en el derecho de poder ser elegido, y los gobernadores que postulaban su reelección ya habían ejercido ese derecho porque fueron elegidos con un condicionante que aceptaron, que era la imposibilidad de postularse inmediatamente para un segundo mandato.

Un aspecto importante que se expresó tanto en el dictamen de mayoría como en el de minoría fue el del régimen económico de los partidos políticos, el dictamen de la mayoría consideró que el Estado debe contribuir a su sostenimiento económico aún cuando el financiamiento público no rige en las naciones más avanzadas ni se aplica como regla universal.

Al principio nos habíamos preguntado si era necesario que existiera una expresa constitucionalización de los partidos políticos. Contestamos que sí, porque si bien estaban virtualmente reconocidos y eran una realidad de la vida política de la Nación la historia política reciente de nuestro país no ha dejado otras experiencias. El interrogante siguiente fue si esta constitucionalización brindaba alguna utilidad expresa en la existencia de los partidos y en virtud de lo señalado precedentemente también creemos que sí.

Durante toda la Convención se respiró un aire difícil ya que muchos convencionales trataban de demostrar que la reforma no se limitaba nada más que a la reelección del presidente en ejercicio, y por otra parte sus detractores acusaban de sobreabundantes los despachos y los puntos a reformarse. Lo que debe quedar en claro es que sólo el tiempo demostrará la utilidad de este "nuevo" artículo al poder vislumbrarse si los partidos han podido lograr recuperar la confianza que han perdido de parte de la sociedad y si han logrado demostrar que pueden garantizar el pleno ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución Nacional afianzando las instituciones democráticas o sólo quedará como una mera expresión de deseos.

(23) Ver "Ríos, Antonio Jesús s/ oficialización candidatura Diputado Nacional — Distrito Corrientes —", ED, 122-6.744.

(24) Ver en este sentido el fallo "Partido Justicialista c/ Sta. Fe Pcia. de s/ acción declarativa", Fallos: 317-1195, del 6/10/94.

## CAPÍTULO VIII

## LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS

*Maria Alejandra Closas*

Una clasificación muy en boga dentro del mundo doctrinario tradicional es dividir la evolución histórica de los derechos humanos en el ámbito constitucional e internacional en tres generaciones de derechos según el criterio que comentaremos a continuación:

## LOS DERECHOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Para poder lograr un puntapié inicial en el tema nos debemos remontar necesariamente a la aparición del *constitucionalismo clásico o liberal*, cuyo nacimiento debemos ubicarlo en las declaraciones de las colonias norteamericanas de 1776-1787 y en la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es dable destacar que cuando nos referimos al concepto de constitucionalismo hacemos referencia a un movimiento social-político y económico que se va a dar a fines del siglo XVIII con una finalidad que es limitar el poder de las Monarquías Absolutistas, limitar un poder que desde comienzos de la Edad Moderna se había demostrado como todopoderoso, omnípotente; la limitación a este poder se va a ir dando en forma escalonada, es decir de a poco; en el siglo XVII la Revolución Inglesa; ya en el siglo XVIII las Revoluciones Atlánticas: la de los EE.UU. (independencia en 1776) y al Revolución Francesa de 1789.

Si bien de alguna manera estas revoluciones marcan el inicio y la formación del Constitucionalismo clásico, no debemos descartar que hubo antecedentes remotos (que de ninguna manera se los puede equiparar a los efectos y consecuencias que trajo aparejado las revoluciones mencionadas); estos antecedentes configuraron cartas de derechos como por ejemplo en Gran Bretaña la Carta Magna que el rey Juan Sin Tierra se vio obligado a otorgar en 1215 y con posterioridad la Petición de Derechos que el Rey Carlos I debió aceptar en 1628, el *Agreement of the People*, que el ejército de Cromwell presentó a los comunes en 1647, *Instrument of Government* redactado por el Consejo de sus funcionarios y que el mismo Cromwell promulgó en 1653; el Acta de Habeas Corpus que el Parlamento impuso al Rey en 1679, el *Bill of*

*Rights* de 1689 en el que se consagró la superioridad de la ley sobre la voluntad del rey y el Acta de Establecimiento de 1701.

De alguna manera las presentes eran manifestaciones —la mayoría de las veces— de la facultad o posibilidad que otorgaba el rey para, por ejemplo, poder trabajar la tierra o para otorgarle siempre en forma personal la posibilidad del ejercicio de un derecho que expresamente lo contemplaba en dicha carta.

Este Constitucionalismo implicó el auge de la constitución formal, escrita, que revestía una división entre Poder Constituyente y Poder Constituido y la incorporación de la doctrina de supremacía constitucional, por la que la constitución va a ser suprema, supra legal, por arriba de la ley, un claro ejemplo de nuestro art. 31 de la Constitución Nacional Argentina, que fue casi una copia del art. 6 de la Constitución de los EE.UU.; en dicha constitución se va a consagrar los Derechos de Primera Generación (los civiles y políticos).

Este movimiento va utilizar dos técnicas para frenar el avance del Poder Monárquico: la diferenciación bien marcada de la conformación de dos bloques; el primero una proclamación de derechos y el segundo la división de poderes.

Esta doctrina surgió de la conformación del art. 16 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano que se dio en Francia posteriormente a la Revolución Francesa, por la cual un Estado no iba a poder erigirse en tal si no cumplía dicha premisa: "...toda sociedad en la que no se garantice la división de poderes ni se declaren los Derechos individuales carece de Constitución...", es decir que para que un estado se pudiera considerar un Estado de derecho debía necesariamente cumplir con dichos postulados, que ni más ni menos constituyen lo que hoy conocemos como parte dogmática y parte orgánica de la Constitución.

El individuo rodeado de derechos y además el poder dividido. "...Que el poder frene al poder..." decía Montesquieu estableciendo un verdadero sistema de pesos y contrapesos; asimismo los norteamericanos en su dialéctica política decían que el propio sistema se va balanceando hasta adoptar la noción de los controles.

Cabe manifestar que estos movimientos revolucionarios que se dieron en América y en Europa no fueron fruto de decisiones deliberadas y vacías de contenido, tenían objetivos claros y se encontraban teñidas de las ideologías predominantes. Sin lugar a duda fueron muchas las corrientes ideológicas que surgieron pero la que predominó en este proceso fue el individualismo posesivo; claros exponentes del mismo pero con diferentes puntos de vista respecto al hombre: fueron Locke ("El Estado Liberal") y Hobbes ("El Leviatán"), el primero con una visión mucho más optimista del ser humano. Planteaban que regía la autonomía de la voluntad, siendo el trabajo una simple mercancía, para Locke el concepto de propiedad era todo, y el Estado era establecido como Gendarme, un estado minimalista: es decir con pocos competencias estatales. La premisa fundamental era el dejar hacer, dejar actuar al

individuo en el verdadero disfrute de sus derechos, el estado debía como un guardián asegurar contenidos básicos, luego debía abstenerse de actuar.

Por otra parte si se piensa en el Constitucionalismo como doctrina es necesario relacionarlo con obras como "El Espíritu de las leyes" (en particular Libro XI, título VI) de Montesquieu, "Comentarios sobre la ley de Inglaterra" de Blackstone, "Constitución de Inglaterra" de De Lolme, "El Federalista" de Madison, Hamilton y Jay y "¿Qué es el tercer Estado?" de Sieyes (1).

El poder estatal, en la concepción liberal a ultranza entonces imperante, debía primordialmente no perturbar el goce de los derechos, antes que realizar una actividad positiva en orden a su concreción y promoción, esta solución fue dada fruto de la gran injerencia de los reyes en la vida de sus súbditos hasta el punto de encontrarse en sus manos la decisión de la vida y de la muerte.

Una característica distintiva que se va a dar en esta generación es el rol *pasivo* en que se va a ver envuelto al Estado, lo va a transformar en un Estado *abstencionista* y el Hombre con un rol, marcadamente activo al que se le van a otorgar una serie de derechos cuyo goce y disfrute será ejercido y llevado a cabo por el solo, como individuo único e irrepetible, por ser un ser humano lo va a disfrutar en la más absoluta soledad cada uno de esos derechos.

Es, pues precisamente a fines del Siglo XVIII con las Revoluciones Atlánticas que nace el constitucionalismo como una ideología y con una finalidad burguesa. Son los burgueses quienes en definitiva capitanearon el movimiento revolucionario cuyo objetivo era la toma de poder por parte de una clase que económicamente se estaba imponiendo, que sustentaba los vicios de la realeza a cambio de libertades para comercializar y que en definitiva esta clase fue la que detentó el poder económico; sólo pensó que había un paso para acceder al poder político, máxime teniendo en cuenta la disfuncionalidad del antiguo régimen en donde tanto la nobleza como la realeza carecían del dinero necesario de acuerdo a como estaban acostumbrados a vivir.

Por eso el Constitucionalismo es un producto burgués. No son los obres ni las clases bajas las que empujan a estas revoluciones; de ahí que la democracia no ha coincidido originariamente con el constitucionalismo, se encontraba escindida; luego con el correr del tiempo con la admisión de una serie de avencimientos se va a mezclar con el constitucionalismo perfeccionándolo.

La finalidad una vez destruido el Gobierno de las Monarquías fue a través de este movimiento burgués la conformación del gobierno de las normas —el gobierno de las leyes no de los hombres—. Si quienes debían ocupar los cargos de gobierno eran los hombres, éstos lo debían hacer en nombre de las normas, tanto su límite como sus atribuciones estaban dadas por lo que se había establecido en las leyes fundamentales.

Este esquema de consagración normativa —no obstante las deficiencias— sirvió para poner un cambio de filosofía a los gobernantes en el marco de la incipiente organización política de los flamantes estados latinoamericanos y de los viejos estados europeos que gradualmente se despojaron de los reyes o del rol paternalista de éstos (como amo de la vida y de los bienes de los súbditos) para pasar a un rol simplemente representativo como jefe de estado pero delegando el ejercicio del poder en el jefe de gobierno.

El acervo ideológico de estas declaraciones ha influido notoriamente en todo el mundo occidental y encontramos rasgos evidentemente inspirados en ella en todas las constituciones dictadas durante el siglo siguiente en Europa y en América. Lamentablemente sólo los derechos en ellas consagrados fueron tomados por las constituciones del siglo siguiente, mientras no tuvieron la misma suerte los principios taxativamente enumerados de "Liberté, égalité et fraternité" (libertad, igualdad y fraternidad) que tuvieron de un color solidario a los derechos consagrados por las declaraciones francesas (2), perdurando únicamente con toda su fuerza el de la libertad y desdibujándose los otros dos en el marco de la filosofía y como consecuencia de ello de la normativa individualista que reinó durante el siglo XIX.

Los derechos de primera generación que van a surgir en este marco histórico-social y político-económico involucran lo que temáticamente conocemos como "derechos civiles y políticos" y son los que comprenden los derechos más eminentes de la persona: la vida, la libertad, la igualdad, la libertad de comercializar, la libertad de cultos, la libertad de prensa, la libertad física o de locomoción, la propiedad privada, la libre navegación, el debido proceso, la irrectroactividad de la ley penal; etc.

Ejemplo de este período (3) son las Constituciones latinoamericanas que habían conseguido su independencia en las primeras décadas del siglo (como la constitución argentina de 1853) donde se contempla al individuo y se consagran sus derechos como si fuera un ser aislado, solitario y no estuviera inmerso en un complejo entramado social en el que casi ningún derecho puede ser considerado absoluto a riesgo que de la propia amplitud concedida a los mismos impida la convivencia.

De ahí que son varios los sinónimos que revisten estos catálogos de derechos: derechos individuales, derechos subjetivos, derechos del hombre, derechos humanos, libertades públicas.

Otra característica propia de este período es la valoración que tiene el derecho de propiedad: sin lugar a dudas, el sentido y el por qué del mismo está dado porque precisamente era el bastión de los burgueses, de alguna manera debían resguardar lo que tenían, lejos de las inseguridades que re-

(2) Conferencia GROETHUYSSEN, BERNARD en *Filosofía de la revolución Francesa*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1956, página 208 y ss.

(3) MANLI, PABLO Luis, *La garantía constitucional de los derechos humanos en el sistema de la República Argentina*.

presentaba el poder omnímodo de los reyes de poder ser despojados de todas sus propiedades por la voluntad caprichosa de una persona, lo contrario era incorporarlo a través de su inserción en el derecho en las normas constitucionales. Así se otorgaba seguridad jurídica a este derecho al punto en su génesis de rodearlo de tantos conceptos (absoluto, inalterable, inviolable, indivisible, etc.) que parecía, en contraposición a los restantes derechos, que el derecho de la propiedad cobraba más dimensión frente a los demás.

Muestra acabada de ello es el artículo 17 de la Constitución Argentina: "La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley", norma que parecería que le confiere al titular de dominio un derecho casi absoluto —aunque sabemos que de la propia constitución no existen derechos absolutos, sino relativos (arts. 14 y 28 de la C.N.)— con la única excepción de la utilidad pública debidamente declarada por el Congreso y previamente indemnizada, requisito éste que se encuentra ausente en los instrumentos internacionales, que si sólo exigen que la indemnización sea justa (v.gr. art. 21 del Pacto San José de Costa Rica). No existía, por entonces, la idea de la función social de la propiedad, propia de los últimos años del siglo XIX pero con más vigor en el Siglo XX.

La Constitución Argentina de 1853, como exponente de esta época, contiene una adecuada enumeración de los derechos civiles y políticos, entre ellos libertad de industria, de comercio y navegación, derecho de petición, de entrar, permanecer y transitar el territorio, libertad de prensa y de expresión, libertad de acción de culto, de enseñar y de aprender. En el artículo 15 nuestra Constitución Nacional completa la abolición de la esclavitud, proceso iniciado con la ley de libertad de videntes dictada por la Asamblea del año XIII (1813), y en el artículo 16 de la Constitución Nacional se consagra el derecho a la igualdad, con abolición de fueros personales y títulos de nobleza. El art. 18 de la C.N. contiene diversas garantías relativas al debido proceso, como así también el derecho a la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la abolición de la pena de muerte por causas políticas y de las torturas y las penas crueles.

El art. 19 consagra el derecho a la intimidad a través de la protección de las acciones privadas. Por último el art. 20 de la C.N. concede a los extranjeros la mayoría de los derechos ya mencionados, aún cuando las normas mencionadas se refieran a "habitantes" y no a "ciudadanos" o "nacionales".

Pero más importante aún que la larga enumeración de derechos reseñada resulta la inclusión de refuerzos del sistema de derechos, a saber:

#### a) La cláusula de los derechos no enumerados o implícitos

El art. 33 que consideramos una ventana que permitió durante más de un siglo, ventilar el sistema de derechos, haciendo entrar al mismo nuevos derechos que no habían sido contemplados por el constituyente. Así por ejemplo nada más ni nada menos que el derecho a la vida. Al decir de los constituyentes de 1860 que incorporaron la nostra, "la enumeración que se hace en la

primera parte de los derechos y garantías... no debe tomarse sino como ejemplo para ir de lo conocido y de lo expreso a lo desconocido y tácito..." (4).

#### b) Las garantías institucionales del sistema republicano

Adoptadas en el artículo primero las cuales concebimos más que como una inclinación del constituyente por un determinado sistema de gobierno, como un medio para lograr la *facilidad primordial de toda constitución*, que es la garantía de los derechos. Acude en el apoyo de esa interpretación la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), artículo 16 que ya hemos reproducido. Para el objetivo establecido en este esquema es qué se establece el gobierno; y la Constitución argentina al hacerlo impuso el régimen de división de poderes, de elección popular de los representantes, de periodicidad en los mandatos, de responsabilidad de los funcionarios y de publicidad de los actos de gobierno.

Esas previsiones constitucionales vienen pues a garantizar institucionalmente los derechos humanos al actuar como límite al poder (5).

#### c) El principio de cláusura y principio de legalidad

Contenidos en el segundo párrafo del art. 19. El primero deja en claro que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, es decir que la regla es la libertad y toda restricción o prohibición son excepciones a esa regla por lo cual en caso de duda acerca de si la Constitución reconoce o no un derecho, debe entenderse que está reconocido. El segundo principio apunta a que esa limitación o restricción de los derechos sólo puede hacerse por ley, ya que es el Congreso de la Nación el único órgano donde se hallan representadas todas (o al menos la mayoría) las tendencias políticas e ideológicas que conviven en la sociedad y, como tal, el depositario de la facultad de legislar, en nombre de la nación. Queda excluido de ello el caso extraordinario del estado de sitio, bajo cuya vigencia puede el Poder Ejecutivo realizar ciertos actos que en tiempos de normalidad no le están permitidos. Este principio actúa como límite formal a la facultad estatal de reglamentar los derechos (6).

#### d) Principio de razonabilidad

Contenido en el artículo 28 de la C.N. que actúa como límite sustantivo para evitar que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos desvirtúen el

(4) Conf. Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, 1860, página 193 y ss.

(5) Esta norma es interpretada por la doctrina francesa en el sentido que el objeto de toda constitución es la defensa de los derechos del hombre, y en tal sentido, la división de poderes es un medio para lograrla. Conf. CASSONNE, Guy en *La Constitution*, Ed. du Seuil, París, 1996, pág. 348.

(6) Citado por GONZALEZ, JOAQUÍN V., en *Manual de la Constitución Argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, pág. 112.

espíritu con que la Constitución los ha consagrado. Es decir, por el principio de legalidad existe la exigencia de que los derechos sean reglamentados por la ley (aspecto formal), y por el de la razonabilidad se exige que dicha ley sea justa y se adecue a la Constitución (aspecto sustancial).

#### e) La rigidez constitucional

El artículo 30 establece un mecanismo especial: la reforma de la constitución, como forma de evitar que el legislador común o mayorías políticas ocasionales puedan barrer con los derechos constitucionalmente consagrados. En efecto la reforma requiere de varias etapas previas:

- 1) La declaración de su necesidad por el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara del congreso.
- 2) La convocatoria a una asamblea o convención constituyente que efectuará la reforma.

A ellos nuestra práctica constitucional agregó: A) Que el Congreso al momento de declarar la necesidad de la reforma fije los puntos sobre los que ha de versar ésta. B) Que los miembros de dicha asamblea constituyente sean elegidos popularmente mediante el voto directo de la ciudadanía. De esa rigidez se desprende —a la vez— una diferenciación tajante entre el poder constituyente y los poderes constituidos, por lo tanto estas características de la Constitución argentina también deben considerarse coadyuvantes para la defensa de los derechos humanos fundamentales.

Todas estas previsiones de la Constitución formal y otras que el ejercicio constitucional incluyó en la constitución material constituyen complementos, refuerzos, y coadyuvantes para la vigencia de los derechos fundamentales. Con un criterio amplio podemos decir que todas las normas e institutos de una constitución tienden a ellos.

En lo que se refiere al origen de la constitución como en lo que se refiere al proceso o la génesis de su formulación, es dable destacar que en el constitucionalismo clásico han predominado los procedimientos populares. Según Raymond Aron no existe régimen contemporáneo que no pretenda en cierta forma fundarse en la soberanía popular.

Lo que varía son los procedimientos mediante los cuales se supone transmitida la autoridad del pueblo a unos seres reales. Por eso lo que diferencia —a juicio de Aron— a unos regímenes de otros son los mecanismos de elección de los jefes, la forma de designación de los poseedores del poder de hecho, y de las modalidades según las cuales se va desde la ficción de la soberanía a la realidad del poder (7).

(7) BIDART CAMPOS, GERMAN J. y CARNOTA, WALTER E., *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo I, pág. 52 y ss., Ed. Ediar.

Acá jugó un rol preponderante la ideología porque todas las doctrinas que asientan teóricamente la soberanía o el poder en el pueblo coinciden en hacer del pueblo la sede del poder constituyente (8).

En los textos escritos resultaría extensísimo reseñar las formulas que atribuyen al pueblo (o a la nación) el origen y la autoría de la constitución formal. Véanse, si no, en una rápida hojeada histórica, los EE.UU., la Argentina, Francia, Alemania, Cuba de 1976, etc.

A lo largo del siglo XIX y hasta comienzos de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) el desarrollo del Constitucionalismo fue cada vez mayor. Resulta imposible exponer, dada su extraordinaria magnitud, las numerosas constituciones que se dictaron, pero de alguna manera vale destacar las diversas francesas, la Constitución de Cádiz de 1812 y las sucesivas españolas, la sueca de 1809, la noruega de 1814, la griega de 1827, la belga de 1831, la de todos los nuevos estados latinoamericanos, etc.

## SEGUNDA GENERACIÓN DE DERECHOS

A partir de la terminación de la Primera Guerra Mundial, el constitucionalismo sufre la consecuencia de un doble proceso. Por una parte se transforma en cuanto al carácter y contenido de los derechos fundamentales que busca proteger, dando lugar así al "Constitucionalismo Social". Por otra parte se difunden con éxito movimientos que dejan de lado la protección de los derechos humanos y la doctrina de división de poderes y concluyen en lo que Posadas ha llamado la "desconstitucionalización del estado" (9).

Ahora bien, para poder comprender con más claridad el constitucionalismo social, es deseable destacar dos procesos:

### 1) El proceso de difusión del constitucionalismo clásico

Esta es una expresión de tipo horizontal. Presupone la existencia ya del constitucionalismo, ya surgió (fines del siglo XVII) la carta de derechos que se va a convertir en la piedra basal de la conformación de los nuevos estados. Si bien de lo que se expuso en la primera generación de derechos los mismos devienen de Inglaterra, EE.UU. y Francia, el bagaje ideológico del constitucionalismo se va a propagar, a extender a diferentes lugares hacia fines del siglo XVIII y en este sentido, aunque parezca paradójico, quien va a embanderar en el ideario de la Revolución Francesa, es Napoleón Bonaparte que en su corrida Imperialista difunde de manera clara y contundente todo la ideología de la Declaración del Hombre y del Ciudadano.

(8) Conf. ARON, RAYMOND, *Democracia y Totalitarismo*, op. cit. pág. 47.

(9) TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, pág. 213.

A medida que va dominando países europeos impone de alguna manera la técnica, teniendo como única resistencia Suiza, dado que quiso imponer una constitución de tipo Unitaria —como en Francia— pero los suizos ya se encontraban organizados política y socialmente en forma descentralizada y como dicha conformación hacía a la eficiencia gubernativa no opuso resistencia y se siguió con la descentralización. Su expansión culminó paralelamente con su derrota en Waterloo en 1815.

En Latinoamérica desde 1810 (Revolución de Mayo) hasta 1904 (independencia de Panamá), se van a ir dando movimientos revolucionarios a fin de lograr la independencia, por lo que las incipientes repúblicas americanas, una vez lograda dicha liberación, se daban una Constitución (con el ideario del Constitucionalismo Clásico), escrita con división de poderes imperfectos pero división al fin, convirtiéndose en consecuencia en Estados de Derecho.

Esta difusión del constitucionalismo sufre retrocesos importantes a comienzos del Siglo XX. La deconstitucionalización del estado fue el resultado del triunfo en algunos países de ciertos movimientos políticos que se difundieron en Europa y en otras partes del mundo, en franca oposición a la doctrina del constitucionalismo. Su máxima expresión está dada por los regímenes totalitarios de izquierda: Rusia, a partir de 1918; Italia, a partir de 1922 —fascismo—, Alemania, a partir de 1933 —nazismo—, y España —franquismo—.

En Rusia con la implantación del comunismo, se consagró la dictadura del proletariado. En Italia, con el advenimiento del fascismo se impuso el principio del "duce" siempre tiene razón. En Alemania, con el triunfo del nazismo, el principio del "führer" sustituyó a las instituciones de la República de Weimar. En los tres países se hizo caso omiso de los derechos personales, se implantó el partido único y se suprimió toda limitación contra y en oposición, con respecto a los gobernantes (10).

Asimismo Latinoamérica va a sufrir un proceso similar, pero en manos de gobiernos militares; éstos interrumpen el orden institucional, dejando sin efecto o bien suspendiendo los derechos y garantías constitucionales, disuelven los organismos institucionales y usurpan los cargos públicos. Este movimiento culminó a partir de la década del ochenta con los procesos de democratización y revaloración del constitucionalismo.

Dichos movimientos totalitarios cuestionaron al constitucionalismo por ser débil, poco práctico, fragmentario y muy poco eficiente. Renace después de la Segunda Guerra Mundial (1945) y ya lo va a hacer con un cariz netamente social en los países que ya contenían los puntos traídos por la doctrina del constitucionalismo clásico, y se va a expandir en aquellos lugares donde antes nunca había llegado; con la ONU se produce un proceso de descolonización y esos países que se ven involucrados en ese proceso adoptan el modelo

(10) VANESSI, JORGE en *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, pág. 370.

constitucional, pero no sólo el referente al constitucionalismo clásico sino con el aditamento del ideario social también. Tal ha sido dicho proceso que en la actualidad: ningún Estado ha querido quedar fuera de dicho movimiento, ya que el hecho de poseer una Constitución escrita les otorga el rango de "civilizados". Hoy son pocos aquellos que no poseen una constitución escrita (ejemplo de ellos lo constituyen los EE.UU., Arabia Saudita y Gran Bretaña).

## 2) Proceso de democratización del constitucionalismo clásico

Cabe aclarar en este sentido que si bien la visión que hoy se puede tener de estos dos hechos es de casi comisión entre ellos (parecería que del constitucionalismo se desprende la democracia y viceversa) es dable destacar que si bien van de la mano no se identifican.

Es otra expresión pero de tipo vertical en dos sentidos a saber: a) objetivo y b) subjetivo:

a) Este aspecto objetivo de democratización del constitucionalismo lo hemos querido reflejar a través de los cuatro hechos o hitos fundamentales que según Karl Friedrich fueron los más importantes para destacar en este proceso:

—El primer hecho es la presidencia de Andrew Jackson en los Estados Unidos de América (1829-1837); dicha primera figura se constituyó en el primer presidente populista, destruyendo de alguna manera las presidencias oligárticas (representadas por las clases más altas) que se venían sucediendo hasta ese momento.

—El segundo hito fue la Reforma Electoral Inglesa en el año 1832 en la que se logra cambiar las reglas del juego en lo que se refiere a este derecho político: hasta este proceso reformador existía en el parlamento una sobre-representación del sector urbano (sector económicamente más próspero) y una subrepresentación del sector rural, logrando a través del mismo equilibrar la balanza a fin de que se pudiera dar de manera más equitativa la representación en este estamento.

—El tercer hecho son las revoluciones de tinte social, que se van a ir conformando en diferentes países aproximadamente a partir de 1848 (Francia, EE.UU., Alemania, Austria, etc.) y en las que de alguna manera el trasfondo de las mismas va ser la problemática social, la posición de soledad y desamparo en que quedó el hombre frente al avance de la Revolución Industrial y las guerras, de alguna manera van a configurar estos motivos la gestación de las Revoluciones Socialistas.

—El último hecho es la Guerra Civil de EE.UU. (Scesión, 1861-1865), en este período se sanciona la norma por la cual se produce la abolición de la esclavitud y trae aparejado que se consolide Norteamérica en un estado federalista, ya que hasta el momento se encontraba geográficamente dividido por el color de piel.

b) Implica este proceso subjetivo de democratización adicionar nuevos sujetos o personas al proceso político. Esto significa que el ejercicio del dere-

cho electoral activo y pasivo no se encuentre vedado por la falta de incorporación al mismo de grupos que se encontraban desprotegidos frente al orden normativo como la mujer, o integrantes de clases sociales más bajas. Asimismo lograr reunir requisitos para el ejercicio de sufragio que se alejen de los procesos elitistas que hasta el momento se daban.

En la Argentina si bien el proceso constitucional se remonta desde 1853, las elecciones se realizaban en un marco en el que quedaban al margen del mismo ciertos grupos, por ejemplo la mujer, y por otro lado el voto era público; recién con la ley de Luis Sáenz Peña en 1912 el voto se erigió en único, universal y secreto, incorporándose así toda la clase media y en 1947 se adiciona la mujer al proceso político.

Dadas sus características la democracia constitucional no se genera en cualquier momento y de cualquier modo. No siempre, sin embargo lo han reconocido o lo reconocen quienes la propugnan. Hay veces que con un criterio exageradamente racionalista, han pensado o han creído que bastaba para implementarla el acto de voluntad de algún ocasional legislador. Varios son los expositores que han destacado que la democracia constitucional no resulta viable si faltan determinados requisitos o condiciones. Específicamente escribía sobre el mismo Karl Mannheim al promediar el siglo XX, en su obra "Libertad, poder y planificación democrática": "...debemos enfrentarnos con el hecho que las instituciones del sistema representativo funcionan únicamente dadas ciertas condiciones. Por ello una teoría adecuada del gobierno representativo deberá tomar en cuenta las causas necesarias y suficientes tanto para el éxito como para el fracaso de dicho sistema...", y además de considerar otros aspectos del problema agregaba: "...el equilibrio de la estructura social es un requisito previo para el mantenimiento de la democracia..."

Cabe luego de haber establecido estos procesos determinar que el "Constitucionalismo social" se caracterizó por agregar a los clásicos derechos individuales —civiles y políticos— los derechos sociales —económicos, sociales y culturales— y a la vez limitar el derecho de propiedad reglamentándolo "en función social". Cuando ya en el siglo XX las declaraciones demócratas sufren el embate de quienes las tildan de promesas vacías o inocuas —porque advierten que un mínimo de condiciones socioeconómicas es indispensable para tener acceso al disfrute de los derechos— aparece la línea tuítiva de los sectores humanos económicamente débiles u oprimidos con el constitucionalismo social, que proponen a un estado de justicia social o de bienestar, eficaz para subvenir a las necesidades vitales de los individuos y para planificar, controlar y supervisar el proceso económico de producción y distribución de bienes y riqueza.

El acogimiento y la inserción de esta teleología en el constitucionalismo social son altamente valiosos, y de esa manera aparecen los apodados derechos de segunda generación: los económicos, sociales y culturales. Cabe aclarar en este sentido que de ninguna manera el constitucionalismo social es contrario al constitucionalismo clásico, que este nuevo proceso no discute el absolutismo ni reniega de los derechos individuales, sino que los acepta y les

da una nueva dimensión y enfoque; el constitucionalismo social —esta segunda generación de derechos— se va a constituir como un plus, un agregado al Constitucionalismo clásico, que de ninguna manera lo limita sino que al contrario refuerza sus contenidos.

Ya en esta segunda generación al hombre no se lo ve solo frente al estado sino en grupos: partidos políticos, sindicatos, las asociaciones en general, etc.; ya que el constitucionalismo social procura establecer un orden social y económico justo —justicia social— a través de la inserción de otros derechos como el derecho a huelga, de la seguridad social, el de derecho al trabajo, etc. Así como en el constitucionalismo clásico la posición del estado era abstencionista frente al ejercicio del derecho que el hombre individualmente ejercía, esta segunda etapa no sólo cambia la posición del hombre —como ya dijimos se lo caracteriza en grupo— sino que para paliar las grandes desigualdades que comenzaron a surgir en la oportunidad del ejercicio de los derechos, es que se convocó al estado a que intervenga para que a través de actos de gobierno logre superar dichas desavenencias. A este rol protagónico que adoptó el estado se lo llamó "intervencionista", o como se caracterizó al mismo por muchos autores como "Estado de bienestar".

La tematización del Constitucionalismo social se sostuvo en tres pilares: A) Las fuentes ideológicas; B) La recepción del Constitucionalismo Social en el Derecho Comparado y C) La recepción del Constitucionalismo Social en el derecho argentino.

A) El Constitucionalismo Social surge en el mundo de las ideas antes de plasmarse en las Constituciones escritas —Weimar o México—. Por eso así como el individualismo posesivo, el racionalismo, el liberalismo, fueron los que de alguna manera precedieron al nacimiento del constitucionalismo clásico, la multiplicidad de corrientes como el neoliberalismo, justicialismo, nacionalismo, socialismo y la doctrina social de la Iglesia fueron la base ideológica para la aparición en el mundo de los derechos sociales. En este sentido cabe destacar de manera más extensa dos de estas corrientes: el socialismo, que en las primeras décadas del siglo XIX se caracterizó por revestir un contenido profundamente idealista, creía en el cooperativismo casi con un tinte romántico como se lo podía ver en aquella época, por lo que fue el primer socialismo que tuvo como claros exponentes a St. Simon, Fourier, Proudhon, Blanc y Owen; en la Argentina el exponente máximo de lo que se denominó el socialismo romántico fue Esteban Echeverría.

Este socialismo fue caracterizado por Marx como "socialismo utópico" y estableció que el mismo revestía una tendencia abstracta, idealista; como para poder marcar una diferencia con la nueva tendencia y la elaboración de un nuevo contenido dentro del socialismo que Marx junto con Engels elaboraron y lo autodenominaron como científico. Estos sistematizaron el socialismo y parten de bases diferentes que el socialismo utópico; los mismos sostienen que de la materia se desprenden las ideas, en esta concepción todo parte de los hechos —de la materia—, específicamente de los hechos económicos, según Marx el hombre económico es lo que surge y lo cultural, el arte, lo político la familia y la religión —considerada por Marx como "...el opio de

los pueblos..."— es la superestructura; dado lo expuesto es obvio que para esta concepción la historia esté motorizada por los hechos de las clases sociales, la pertenencia a una clase determina todo: la ideología política, lo económico, lo cultural etc. En definitiva si bien la elaboración de su teoría tiende a la crítica por la reducción a lo económico que realiza el capitalismo como producto del ideario del liberalismo, en su exposición resulta concluir con la misma reducción.

La otra visión dable en destacar la figura "la Doctrina Social de la Iglesia", también desde su enfoque trata de dar respuesta al problema social con sus premisas propias; entre 1891 y 1991 se han dado una serie de documentos donde está plasmada la doctrina *ut supra* mencionada.

La primera encíclica fue *Rerum novarum* (De las Cosas Nuevas), propugnada por el Papa León XIII; lo que se llamaba cosas nuevas en la misma era el maquinismo y la Revolución Industrial y el impacto que esto implicó en lo social. Esta encíclica sienta los grandes cimientos de la doctrina. Reconoce a la propiedad privada como legítima, es un precepto propio del derecho natural, lo valora como justo que así sea, pero le coloca una característica fundamental: que la misma sea ubicada "en función social", es decir, que si bien alguien puede poseer una propiedad, lo que se encuentra en función social es el disfrute de la misma (que debe ser social). Esta encíclica señala respecto a la nueva clase obrera que surgió con el advenimiento de estos hechos, que en la medida que el empleador y el obrero cumplan con sus derechos y obligaciones no debería encontrarse en constante pugna como era lo normal en ese momento.

A la precedente encíclica le sigue, cuarenta años después, la dada por el Papa Pío XI llamada *Quadragesimo Anno*; ésta era más práctica, eminentemente más concreta y destaca el principio de subsidiariedad o suplencia: la propia comunidad debe ocuparse de los elementos de subsistencia para la vida en la tierra, pero cuando el particular no puede procurárselo o no quiere porque no le conviene, es el Estado el que se encuentra facultado para poder actuar.

La tercera encíclica dada por el Papa Juan Pablo XXIII es *Mater et Magistra* en 1961; repite ésta las mismas pautas de subsidiariedad del estado y la función social de la propiedad privada; pero destaca una premisa concreta que fue que el desarrollo económico del hombre debía ser paralelo al desarrollo espiritual.

La cuarta encíclica se denominó *Pacem in Terris* (Paz en la Tierra) del Papa Juan XXIII en 1963; reviste ésta una singularidad sumamente importante que fue la inserción de la noción de los Derechos Humanos en el esquema normativo de los países y la consecuente protección de los mismos como el derecho a la vida, la integridad física, la dignidad, etc.

La quinta encíclica se denominó *Populorum Progressio* (Del progreso de los pueblos) erigida por el Papa Paulo VI en 1967; la idea central de Paulo en esta encíclica es que el desarrollo de una sociedad no debe tener como único objetivo el económico —que era la base de la conformación de los gobiernos

de turno—; que si bien el aspecto económico es importante el mismo debe ser acompañado por un desarrollo de tipo espiritual a nivel humano.

La sexta encíclica es dada por el Papa Juan Pablo II en 1981 llamada *Laborem Exercens* (del trabajo humano); en la misma se destaca la necesidad imperiosa que el trabajo humano tenga dos aspectos: uno externo caracterizado por la producción de bienes y servicios, es decir lo que se produce con el trabajo del hombre: cosas muebles e inmuebles, papeles, ideas etc.; y por el otro lado el aspecto interno en lo que se refiere al interrogante de si el hombre con la tarea que realiza se siente gratificado, realizado, satisfecho, y esto es fundamental porque es lo que marca la diferencia entre el salario —remuneración en dinero— y el salario psicológico, que es el que hace sentir al hombre como creador de lo que produce y satisfecho con lo que realizó. Cabe destacar en este aspecto que una de las cuestiones que se produjo luego de instaurarse la Revolución Industrial fue el fraccionamiento del trabajo —el trabajo en serie— la especialidad del mismo, cuestiones todas ellas que alejan al trabajador de la idea de completitud de lo que produce.

La otra encíclica del Papa Juan Pablo II fue en 1987, llamada *Sollicitudo Rei Socialis* (Sobre la preocupación social); en realidad ésta reproduce todos los preceptos ya reflejados por las dadas anteriormente, comprometiéndose en la característica de la función social de la propiedad privada reconociendo a la misma en una situación de hipoteca social.

Por último y en conmemoración al surgimiento de los 100 años de la primera encíclica se da la aparición de *Centessimo Annus*, primer documento de este tipo post marxista, en el que la Iglesia es contundente al afirmar —en clara respuesta a lo que se planteaba mundialmente— que no estaba a favor del capitalismo; planteaba la posibilidad que el Estado pueda tener la facultad gerencial de los bienes en la sociedad.

B) Es a partir del siglo XX, sobre todo en las primeras décadas, que el Constitucionalismo Social empieza a ser recepcionado, codificado desde 1910 en adelante se va positivizando, es decir traduciéndose en normas escritas. Como se sabe las dos fechas a recordar aquí son 1917 (Constitución mexicana) y 1919 (Constitución alemana de Weimar), sin perjuicio del espectacular desarrollo que el Constitucionalismo Social adquiere luego de la Segunda Guerra Mundial. La primera de estas Constituciones representa los ideales de la Revolución Mexicana; hasta ese momento México venía padeciendo la dictadura de Porfirio Díaz, en la que se había generado la concentración de las tierras en poder de unas pocas manos (latifundio), produciéndose en este estado una gran crisis, grandes desafajes entre los que tenían las tierras y los que no. Lo mencionado genera la idea de pretender cambiar el orden de cosas que se había planteado y de esta manera se va a ver reflejado en la constitución, que va a presentar varias deficiencias sobre todo en lo que se refiere al espectro de los derechos políticos.

Con una marcada verticalidad se va a instaurar la conformación de un partido único, y aunque en la constitución se esquematice la división de poderes, en la práctica la misma se va a dar de manera deficitaria. Así como en

la faz política se quiebra en dicha constitución, si se va a resaltar en la parte social, claros exponentes del mismo lo configuran el artículo 27 en el que se señala que en todo momento la propiedad privada podrá ser sometida al interés público (al bien común) y el artículo 123 que establece un detallado catálogo de los derechos del trabajador, que enumera en forma detallada y minuciosa el trato y análisis de los temas laborales.

La segunda Constitución —la Alemana de Weimar—, es la primera de la posguerra, luego que Alemania fuera derrotada en la guerra de 1914-1918 que para algunos autores es considerada una constitución social y para otros una constitución socialista.

Evidentemente este estado vencido debe empezar a soportar la consecuencia de la derrota, Alemania sumida en una gran crisis económica y social, debe empezar a pagar la indemnización de guerra. Se sustituyen gubernamentalmente la monarquía por la república y al año siguiente se dicta esta Constitución. A estos dos hechos ya mencionados —como fue la crisis social y económica— se le debe adicionar el descrédito de la clase política dirigente, por lo que se busca de alguna manera alzar la estirpe alemana a través de la persecución de la comunidad judía (discriminación racial y religiosa) y de la clase comunista (discriminación política); por lo que en pro de lo expuesto aparece un movimiento de tinte totalitario —nazismo— a comienzos de la década del '20.

La constitución de Weimar prescribía, además, que la vida económica debía organizarse sobre principios de justicia asegurando a todos una existencia digna del ser humano (art. 151); la noción "que la propiedad obliga" (art. 153) y que la misma no sólo genera derechos para el propietario sino deberes (art. 154) (11).

Además algunas de las Constituciones dictadas de conformidad con la nueva tendencia, incluyeron ciertas novedades en las estructuras de los órganos estatales (v.gr. la creación del Consejo Económico —con el carácter de representación funcional— en la Constitución de Weimar). Entre las constituciones del período de la interguerra que recibieron el influjo del Constitucionalismo social, pueden citarse además de las dos que mencionamos en forma más extensa, la de Finlandia de 1919, la constitución de Kelsen de Austria de 1920, la de Checoslovaquia de 1920, la de Yugoslavia de 1921, la de Polonia de 1921, la de los estados bálticos y la constitución española republicana de 1931 y la Constitución de Irlanda de 1937 que se enrola en la doctrina social católica.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) el constitucionalismo renace, produciéndose el retroceso de los movimientos totalitarios y la constitución que se aviene ya lo hace con un cariz social, son ejemplo de ello las Constituciones Francesas de 1946 (cuarta república) y 1958 (quinta

(11) BIDART CAMPOS, GERMAN J. y CARNOTA, WALTER, *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo II, págs. 26/27 y ss.

ta república); la Italiana de 1947 en la que claramente manifestaba que el Estado debía remover los obstáculos que impidan el desarrollo social; la Ley Fundamental de Bonn de Alemania Occidental de 1949; también es importante la Constitución brasileña de 1946. Son exponentes máximos en este sentido las que se gestaron en la década del 70 como la griega de 1974, la de Portugal de 1976 y la Española de 1978 —constitución pos franquista—, cuyo artículo 1º prescribía que el reino de España es un estado social de derecho y además presupone como valores del ordenamiento jurídico español: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

Igualmente se encuentran enroladas las constituciones de las diversas "repúblicas populares" de Europa oriental y la mayoría de los países africanos y asiáticos "descolonizados". En Latinoamérica se dio un claro exponente como fue la Constitución peruana de 1979 que tuvo real incidencia en los derechos de Seguridad Social.

C) El proceso de difusión del Constitucionalismo Social en la óptica del Derecho Argentino, nos llevó a dejar bien en claro que evidentemente de la lectura exhaustiva de la Constitución Argentina de 1853 no surgen los derechos económicos, sociales y culturales, llamados de la segunda generación, cuyo tratamiento constitucional comenzó junto con la corriente denominada "constitucionalismo social". A comienzos del Siglo XX, no obstante, la latitud de los términos utilizados por el constituyente, permitió con una interpretación flexible de los mismos la adaptación de la constitución a la nueva corriente.

En efecto, en el fallo "Ercolano" de 1922 la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró en cierta medida la función social de la propiedad al declarar ajustadas a la Constitución dos leyes que congelaban el precio de los alquileres y que prorrogaban los contratos con el fin de hacer frente a una carencia habitacional existente en la Capital Federal. Dicho fallo entendemos que puede considerarse como una bisagra entre el Constitucionalismo clásico y el Constitucionalismo social; entre los derechos de primera generación —individualistas— y los derechos de la segunda generación —más solidarios— al haber limitado el derecho individual de propiedad (que —según ya dijimos— había sido concebido como casi absoluto por el constituyente de 1853) en aras de un interés social (12).

En realidad no podemos derivar válidamente de ese fallo la afirmación de que se incluyeron en la Constitución los derechos de segunda generación pero sí nos animamos a afirmar que fue el comienzo de una interpretación social o solidaria de las cláusulas individualistas de nuestra Carta Magna. Luego de ese brillante fallo de la Corte encontramos la sentencia "Avico" de 1934 en la que ratifica en cierto modo el criterio anterior al declarar constitucional una

(12) En el mismo sentido, JIMÉNEZ, EDUARDO en *Los Derechos Humanos de la Tercera Generación*, Ediar, Buenos Aires, 1998, quien afirma que el referido fallo constituye una actuación paradigmática del poder moderador al limitar el alcance de ciertos derechos a partir de la existencia de un interés público.

ley que limitaba los intereses de deudas dinerarias interpretando de modo flexible y con contenido solidario el derecho de propiedad que el constituyente de 1853 veía como intangible.

Paralelamente a ellos el constitucionalismo provincial aportó como claro exponente del ideario social la Constitución de Santa Fe de 1921, la de San Juan de 1927, la de Entre Ríos en 1933 y la de Santiago del Estero en 1939.

En este sentido cabe manifestar la riqueza extraordinaria que representa el Derecho Público Provincial, es así que creemos al respecto en lo que se denomina los ciclos del derecho público, el cual permanentemente las constituciones provinciales alimentan de nuevos preceptos —dado que su mecanismo reformador es más flexible que la nacional, otorgándole más dinamismo a la hora de receptar nuevos derechos e institutos— a la Constitución Federal y ésta luego retroalimenta a las Constituciones provinciales que no contenían esos preceptos, con lo cual se produce una relación cíclica; dado lo expuesto siempre ocurre en general que al llevarse a cabo una reforma federal —por tener un sistema rígido reformador se da muy esporádicamente— las constituciones provinciales brindan un verdadero antecedente próximo, un referente de aquellos institutos o derechos que ya para ellos son una realidad normativa y que tienen vigencia sociológica, para poder ser establecidos en la Constitución Federal.

En 1949 se sanciona una nueva Constitución nacional, en violación del mecanismo del artículo 30 de la constitución entonces vigente (ver Cap. VI). Pese a que dicha norma incorporó varios de los institutos propios del Constitucionalismo Social, principalmente en el artículo 36 que consagraba los derechos del trabajador, consideramos que la misma no puede ser considerada como un exponente de esa corriente, por dos motivos principales: No contemplaba el derecho de huelga y aumentaba las facultades del poder ejecutivo nacional, especialmente introduciendo el llamado estado de preventión y alarma —art. 15— que otorgaba a dicho poder facultades similares a la del estado de sitio pero sin la intervención del Congreso.

A ello Vanossi agrega que dicho texto carece de una nota esencial del constitucionalismo social que es la racionalización del poder, dado que —por ejemplo— contenía facultades de control cualitativo de los partidos políticos, ampliaba las posibilidades de ejercer la jurisdicción militar sobre civiles, etc.

En 1957, una vez caído el gobierno que había dictado la constitución de 1949, se reúne en la Provincia de Santa Fe una Convención Constituyente y se restablece por decreto del gobierno de facto la Constitución de 1853 con sus reformas de 1860, 1866 y 1898 y se añade una norma básica, muy rudimentaria, con pautas del Constitucionalismo social.

Se agrega el artículo 14 bis o 14 nuevo que contiene una extensa enumeración de derechos de contenido económico y social; y que se encuentra dividido en tres partes: la primera que es el derecho individual del trabajo, en lo que se refiere al sujeto activo que es el trabajador en relación de dependencia.

o autónomo, otorgándole al primero participación en las ganancias de la empresa o por ejemplo el derecho a vacacionar (párrafo primero); la segunda parte se refiere al derecho colectivo de los trabajadores (párrafo segundo), reservado éste a los gremios, tiene que ver con las asociación profesional de trabajadores, en la que le otorga la potestad de: recurrir a la huelga, a la conciliación y el arbitraje, la autonomía colectiva—es decir poder suscribir convenciones colectivas de trabajo—, y por último lo que se refiere a los derechos de la seguridad social de la familia y el derecho al acceso a una vivienda digna y en los que se reserva los principios de integridad e irrenunciabilidad—párrafo tercero—.

La incorporación de este artículo también adoleció de vicios —uno de ellos era que se encontraba proscripto el partido peronista— y es llevado adelante luego de la Revolución Libertadora de 1955 por una proclama del gobierno de facto, por lo que a las claras dicho artículo devino en inconstitucional, quedando convalidado recién normativamente con la reforma constitucional de 1994; en el art. 75, inciso 19, reconoció el progreso económico con justicia social, el artículo 75, inc. 22 incluyó nueve tratados y dos declaraciones provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, la mayoría de ellos ricos en derechos sociales, y les confirió el rango de jerarquía constitucional; en fin el art. 75 inc. 23, consagró una nueva fórmula fundamental en materia de seguridad social (13).

Todas ellas evidencian una inflación del listado de derechos, que de ahora en más en la mayoría de los casos va a contemplar los derechos del trabajador, de los gremios, de la familia, la regulación del orden económico, de la seguridad social, de la asistencia sanitaria y más cercanamente en el tiempo, del patrimonio histórico y artístico.

Ahora bien, ¿qué pasó con este vicio formal desde 1957 hasta 1994? A nivel doctrinario el Dr. Germán Bidart Campos elaboró la "Teoría de Convalidación del artículo 14 bis" que se cimenta sobre tres basamentos: a) el orden de las conductas, b) el orden dikelógico y c) el orden de las normas.

En lo que se refiere al orden de las conductas todo el precepto e ideario del art. 14 bis era consentido y aceptado por toda la sociedad y desde el punto de vista del orden de valores el mismo revestía la idea de justicia, en el orden normativo adolecía de un vicio formal. Sobre dicha invalidez nuestra Corte se pronunció categóricamente para declarar respecto al particular como una cuestión política no justiciable y en la medida en la que no se pueda alegar exitosamente en sede judicial la inconstitucionalidad formal la norma queda convalidada provisoriamente, porque en algún momento la Corte podría haber revocado la idea que se trata de una cuestión política no justiciable (14).

(13) CARNOTA, WALTER E., *Los Derechos Sociales y su Efectiva Vigencia*.

(14) BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*.

Podemos afirmar que con este agregado, con la interpretación flexible que venía realizando la Corte Suprema de la República, ingresó en la era del Constitucionalismo Social. Un nuevo fallo de ese Tribunal llamado "Cine Callao" recaído en 1960 confirmó la tendencia al declarar ajustada a la Constitución la ley 14.226 que obligaba a los propietarios de salas cinematográficas a contratar actores como una medida para paliar la desocupación de éstos.

### TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS

Finalmente irrumpen los denominados "derechos de tercera generación". Estos son los más recientes e incipientes dentro de las formulaciones sobre derechos humanos, como ser el derecho al ambiente, los relativos a la protección de los usuarios y consumidores, los atinentes a la paz, al desarrollo, a la información, a la autodeterminación de los pueblos, etc.

Cabe mencionar que no todos ellos tienen el mismo grado de avance jurídico por igual: algunos aparecerán más consolidados que otros. Por lo demás, estos derechos concitan por parte del estado una obligación de hacer, es decir crear un conjunto de condiciones favorables para su realización.

Posteriormente a la Conferencia de Estocolmo, muchas constituciones insertaron en sus textos, con variada redacción, una cláusula ambiental. Dentro de estas consideraciones cabe destacar que el constitucionalismo de tercera generación valora sobremanera los factores técnicos, étnicos y multiculturales. Como consecuencia del principio personalista y debido a la importancia que reviste hoy en día la dignidad de la persona, se pone especial énfasis en la identidad y la pluralidad culturales. Tal como expresa Rolla: "La codificación constitucional del derecho a la identidad cultural se encuentra presente de modo particular, por una parte en los ordenamientos constitucionales que han nacido de la crisis del colonialismo político y cultural, y por otra parte allí donde viven concretos grupos étnicos originales a los que la Constitución reconoce —por el respeto a su historia— un *status particular*".

En 1992 comienza la etapa de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno con el fallo "Ekmedjíán c/ Sofóvich" (ver Apéndice jurisprudencial), donde se aplica en forma directa el Pacto de San José de Costa Rica, sin exigir reglamentación alguna para hacerlo funcionar en ese ámbito.

En el desarrollo histórico de los derechos humanos se distinguen dos fenómenos ocurridos en la década del 70: un proceso *sustantivo*, que consagra el reconocimiento constitucional de los derechos humanos de tercera generación; y uno *adjetivo*, casi simultáneo al anterior, dado por la recepción en las constituciones nacionales de Iberoamérica, de instrumentos internacionales de derechos humanos. Ambos fenómenos en nuestro país se dieron en forma simultánea, en la reforma constitucional de 1994.

En el fenómeno sustantivo, esta categoría alude a los denominados derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva o derechos de la solidaridad.

dad (15). Algunos autores los denominan derechos de la democracia, dado que: a) La democracia es un presupuesto de la paz mundial (16) y del desarrollo equitativo de los pueblos; b) amplían la participación popular en la sociedad, ya que ambientalistas, usuarios y consumidores se asocian en organismos no gubernamentales de defensa de sus derechos, se protege la competencia para que todos tengan acceso a los mercados en condiciones de igualdad, etc.

Por ello, entendemos que el concepto de democracia (en el sentido aristotélico) (16) es el que mejor define, dado que ella constituye el piso y el techo de los derechos de la tercera generación, lo cual a su vez retroalimenta el concepto de democracia.

De esta manera podemos identificar a este proceso dentro de un marco histórico-normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la ideología predominante es la participación popular, por lo que de esta manera la forma de gobierno que se asemeja es la de democracia de tipo participativa, en la que—de acuerdo a lo que ya expresamos—se consagraron derechos de tercera generación (ambiente, consumo, desarrollo, autodeterminación de los pueblos, etc.) y en el que el rol que se ubica al estado es la de cumplimentar de manera acabada las demandas de la sociedad y por el otro lado el nuevo concepto que reviste éste frente a las comunidades internacionales, de alguna manera la conformación de organismos supranacionales, que hicieron barrer el concepto tan apegado de soberanía propio de la segunda generación.

Pero avanzando hacia el análisis de la Constitución Argentina, observamos que esta denominación que proponemos, coincide con la circunstancia que la reforma constitucional de 1994 fue, a nuestro entender, la primera reforma constitucional de relevancia en la Argentina adoptada mediante mecanismos legítimamente democráticos. Por lo tanto, la única reforma cuya necesidad fue declarada mediante el procedimiento instituido en el art. 30 y sancionado sin exclusiones y por el voto unánime de una veintena de partidos políticos que participaron de la Convención Constituyente, fue la de 1994 (18). Por lo que esa "democracia de origen" en la reforma constitucional de 1994, gestó la "democracia de resultado" al consagrar los derechos de la tercera generación o derechos de la democracia, como proponemos llamarle, además de otras reformas a la parte orgánica encaminadas también a profundizar la democracia.

No es una simple casualidad, puesto que si una reforma se encuentra viada en su iter preparatorio mal puede tener como resultado una democra-

(15) Conf. KAREL VASAK en *La larga Lucha por los Derechos Humanos*, en revista El Correo de la UNESCO, noviembre de 1977, pág. 30.

(16) Sobre el Derecho a la Paz en especial, ver MOYANO BONILLA, CÉSAR, *El Derecho a la Paz*, en El Derecho del 26/12/91.

(17) Entendida como el gobierno de la mayoría en beneficio de todos (ARISTÓTELES, ETICA NICOMÁQUEA. POLÍTICA, Ed. Harla, México, 1990).

(18) SASSAY, DANIEL, *La Constitución de los Argentinos*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1995

tización del derecho, dado que la democracia y los derechos humanos son concepto interdependientes y que se refuerzan mutuamente (19).

Entrando ya en la dimensión normológica del tema, digamos que los artículos 41, 42 y 73 inc. 19 de la Constitución Nacional, introducidos por la reforma de 1994, consagran los derechos de la tercera generación.

El art. 41 contempla los derechos a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y productivo, la protección de los recursos naturales, del patrimonio natural y cultural. Puede quizás criticarse la redacción algo compleja de la norma, pero debemos reconocer que el programa de acción que la misma refleja resulta harto completo.

Dicho derecho es un derecho subjetivo de todos los habitantes de poder vivir en un ambiente sano y equilibrado, pero lo realmente novedoso al respecto es que este derecho tiene una contracara como la moneda que es el deber del hombre de preservarlo, obviamente que este deber también está en cabeza del estado, de asegurar todas las condiciones para un efectivo cuidado del medio ambiente.

El artículo 42 de la Constitución Nacional se refiere a los consumidores y usuarios, lo cual nos engloba y no sólo potencialmente sino actualmente a todos los argentinos, en la medida que el consumo de bienes y servicios y el uso de servicios públicos es insoslayable en la sociedad moderna. En este sentido en lo que se refiere a la relación de consumo tiende a la protección del derecho a la salud (que incluye el derecho a la vida y la integridad física); el derecho a la protección de su seguridad (personal, en cuanto se halla en juego por la naturaleza y calidad de bienes y servicios); derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la información veraz y adecuada por parte de quienes provean esos bienes y servicios, y que halla estrecha relación con el derecho a la libre elección de acuerdo a la oferta de los productos de bienes y servicios y en la misma relación al derecho a condiciones de trato equitativo.

Estos derechos tienen su correlato en cuanto a que ponen en cabeza de las autoridades competentes la protección de los mismos y la manera que lo debe hacer efectivo es a través de una buena campaña de educación respecto al consumo, al control de la instauración de monopolios, al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la formación de asociaciones de consumidores y usuarios.

El artículo 75 inc. 19, por cuanto impone al Congreso de la Nación la obligación de sancionar leyes conducentes al desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, educación, promoción de los valores democráticos, igualdad de oportunidades, no discriminación, etc.

(19) Conf. Declaración y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en Marzo de 1993, art. 8.

A su vez el párrafo segundo del artículo 43 al reglamentar la llamada acción de amparo colectivo otorga un cauce procesal a los derechos bajo análisis, ampliando la legitimación de dicha acción, para permitir su utilización a distintos órganos del Estado y —sobre todo— a cualquier afectado en sus derechos de esta generación.

Analizando ahora el proceso al que llamamos "adjetivo" y que se observa principalmente en países iberoamericanos desde la segunda mitad de la década del '70. En este sentido en la Constitución de 1976 de Portugal, en su artículo 16 dispone que los derechos por ella consagrados deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; por otro lado la Constitución Española de 1978 en el artículo 10.2 también hizo referencia a instrumentos internacionales como pautas interpretativas aunque no sólo refiriéndose a la Declaración sino también a los tratados celebrados por ese país en general y especialmente a los tratados en materia de derechos del niño (art. 39.4). Igualmente en la Constitución de Perú de 1979, en el art. 105 incorporaba una cláusula similar en la que establecía que los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional y que sólo podían ser modificados por el mismo proceso que rige la reforma constitucional.

Lamentablemente, la reforma impulsada por el gobierno de Fujimori, en 1993 y luego de haber clausurado el Congreso Nacional, derogó esa norma y sólo incluyó una cláusula transitoria que establece la interpretación de las normas constitucionales de conformidad con la Declaración Universal y los demás tratados de derechos humanos, similar al art. 10.2 de la Constitución española.

Asimismo, la Constitución de Nicaragua de 1987, otorga a ciertos tratados —enumerados taxativamente— el mismo rango que la constitución misma; del mismo modo la Constitución de Brasil de 1988, establece en el art. 5.2 que los tratados vienen a completar la lista de derechos protegidos por la constitución; la Constitución colombiana de 1991 establece que los tratados internacionales prevalecen sobre el orden interno y a la vez que se utilizarán como pauta de interpretación de los derechos en ella reconocidos (art. 93); igual adopción ha realizado la Constitución de Guatemala de 1994 la que en su art. 46 coloca a los tratados de esta materia por encima del derecho interno.

En lo que se refiere a nuestra Constitución Argentina reformada en 1994 en su artículo 75, inc. 22 formula una conjunción de la mayor parte de los sistemas latinoamericanos de recepción del derecho internacional de los derechos humanos reseñados más arriba, por ejemplo:

—Enumera ciertos tratados, como la constitución nicaragüense, para asignárselas jerarquía constitucional.

—Dicho otorgamiento de jerarquía constitucional se asimila al modelo guatemalteco y al colombiano, en cuanto no los incorpora con una simple prevalencia sobre el resto del derecho interno sino que los asimila a la constitución misma.

—El párrafo por el que los derechos contenidos en dichos tratados son "complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" tiene su fuente de inspiración en la constitución brasileña.

—Además, introduce una novedad en cuanto a que el Congreso por mayoría calificada podrá elevar nuevos tratados de derechos humanos a la jerarquía constitucional. En este sentido, señalamos que el análisis detallado de la norma en cuestión se ha producido oportunamente en el Capítulo sobre la Supremacía Constitucional (Cap. IV).

Simplemente cabe concluir que la Constitución Argentina contiene en la actualidad un amplio abanico de las tres generaciones de derechos, merced a las sucesivas reformas de su texto y —cuando fue necesario— a la interpretación amplia de la Corte Suprema de Justicia. En cuanto al derecho comparado, en la última reforma se ha receptado el derecho internacional de los derechos humanos. Por tal motivo, creo que sólo resta por parte de las autoridades y de los habitantes de nuestra nación el cumplimiento y respeto de la normativa vigente, para plasmar esa reforma en realidad.

## CAPÍTULO IX

## EL PROCESO DEL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO

*Sergio G. Sander*

Nos parece importante conocer los acontecimientos políticos, institucionales, que tuvieron influencia en orden nacional, hacia el camino al Constitucionalismo, como así también los internacionales que fueron modelo de los principios de libertad individual, representación popular en las decisiones gubernamentales, e ideologías en cuanto a las formas de gobierno.

**1. SITUACIÓN POLÍTICA Y ANTECEDENTES INTERNACIONALES QUE INFLUYERON EN EL ORDEN PATRIO**

## A) Situación europea

Los conflictivos procesos políticos e institucionales que sacudían a Europa a fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII, además de la afectación que al propio continente le representaban, no pasaban desapercibidos para las provincias del Virreinato del Río de la Plata.

A modo de prieta síntesis y al solo efecto de una ubicación temporal en los sucesos políticos que se vivían, especialmente en la Península Hispana, donde el Rey gobernante, debía mantener sus conquistas continentales de las Indias, y a la vez defender su corona de los conquistadores y sus aliados, pero esta vez europeos, haremos una reseña.

Por un lado, la presencia arrrolladora de Napoleón, que se enfrentaba a Inglaterra, sobre la que dispuso el conocido "*bloqueo continental*", que significaba el cierre de los puertos europeos a las naves de bandera inglesa, la cual se hallaba en pleno proceso de evolución y desarrollo, de lo que se conoció como la *Revolución Industrial*, que cambió la industria manufacturera, por la producción a maquinaria, con la consecuente necesidad de contar con materia prima suficiente, y nuevos mercados para colocar las producciones industriales que se obtenían.

Inglaterra enfrentada a Francia, contaba como aliado a Portugal, que rechazaba el bloqueo impuesto por Napoleón.

Las habilidades políticas de Napoleón le permitieron mantener buenas relaciones con el Rey de España Carlos IV, y con la participación del Ministro Godoy, se firmó un tratado el 27 de octubre de 1807 en Fontainebleau, a fin de invadir Portugal, a través de España. De esta manera consiguió ocupar Lisboa, y el Regente de Portugal y su esposa la infanta Joaquina Carlota (hija del rey de España Fernando IV), se retiraron e *instalaron la Corte en una colonia portuguesa, del Brasil, Río de Janeiro.*

Este acontecimiento, que derivó en la invasión a Portugal, tuvo rápida repercusión en España, pues el influyente Ministro Godoy (amigo de Napoleón), no fue bien visto por el pueblo español, que comenzó a resistir su presencia, y embanderado detrás de la figura de Fernando, futuro heredero del trono. Se produjo, el llamado Motín de Aranjuez, basado en el disconformismo popular, lo que significó la caída de Carlos IV, obligándolo a abdicar a favor de su hijo Fernando.

Las pretensiones y presiones francesas sobre los dos debilitados reyes españoles, concluyó con la formación de una Junta de Especiales Notables que redactaron una Constitución, la cual indicaba que se designara Rey de España y de las Indias, a José Bonaparte. El pueblo, que nuevamente tuvo una importancia y trascendencia determinante, se rebeló en mayo de 1808, en Madrid y a ellos, se les unieron ejércitos regulares. Los que, luego de seis años de guerra, lograron derrotar, al poderoso e imbatible ejército napoleónico. En esas batallas tuvo sus primeros triunfos bélicos, un Capitán, que luego sería trascendente en la liberación de América Latina, José de San Martín.

Estos hechos, significaron, un estado español, debilitado, permeable y poco organizado, y así surgieron representativas Juntas provinciales, que juraron fidelidad a Fernando VII.

#### I) Organización institucional de las Indias

El Virreinato del Perú, el cual por su extensión, lo hacía cada vez menos controlable, y ante la posibilidad de ataques de otras potencias, hizo que se formara el Virreinato del Río de la Plata, en octubre de 1776, con sede en Buenos Aires.

Para la historia Argentina, y para conocer el origen de sus instituciones, la creación del Virreinato, trajo también un nuevo sistema administrativo de gobierno, que se denominó *intendencias*. A los efectos del presente trabajo sólo se van a nombrar las intendencias que luego, servirán para comprender el porqué de los tratados *constitucionales preeexistentes*, las guerras y alianzas provinciales, el origen de algunas instituciones, las motivaciones económicas que idearon el control centralizado de un comercio regulado por el estado, etc.

Las *intendencias* que hoy se identifican, casi en plenitud, con nuestro actual territorio nacional eran:

Buenos Aires, incluía el Litoral y toda la Patagonia. Era sede de la superintendencia general del ejército, y residía el mando militar del que dependían

las otras intendencias (En clave política puede interpretarse como el origen del *unitarismo*).

Córdoba del Tucumán, incluía Córdoba, La Rioja, y lo que hoy conocemos como la zona de Cuyo.

Salta de Tucumán, incluía Salta, Jujuy, Santiago del Estero, San Miguel de Tucumán, y Catamarca.

Asunción del Paraguay, incluía parte del actual Paraguay.

Las cuatro intendencias restantes eran Charcas, Potosí, Cochabamba y La Paz, pertenecían al territorio de Bolivia, el Alto Perú.

#### II) Funcionarios de gobierno

Gobernador Intendente, estaba a cargo de las Intendencias. Con distintas funciones de Gobierno, además de las funciones ejecutivas propias de gobernar, también legislaba. Manejaba los bienes de la Iglesia, y se encargaba del cuidado del Patronato.

Tenía también facultades judiciales, intervenía en todas las cuestiones por cobro de impuesto, o de la administración de la hacienda.

Organizaba las finanzas del Virreinato: destinada principalmente a recaudar impuestos. Hacía administradores locales de rentas como la Aduana y el Correo.

En cuestiones relacionadas con la guerra, debían cuidar de la manutención de los ejércitos, que se hallasen en su territorio, pero era el Virrey el Capitán General de las tropas.

#### III) Real Audiencia

La creación del nuevo Virreinato, trajo aparejada la necesidad de crear un Tribunal de Justicia, en la nueva sede virreinal, pues la que tenía competencia en el nuevo virreinato, ubicaba su sede en Charcas. En 1785, y con la llegada de los *oidores*, Buenos Aires fue la capital judicial del Río de la Plata.

#### IV) Los Cabildos

También se los conocía como ayuntamientos, que eran cuerpos colegiados que ejercían el gobierno municipal de las ciudades. Cuando se instalaba una nueva ciudad, el fundador de la misma designaba a los primeros cabildantes. Luego de lo cual la ciudad estaba realmente fundada. Tenían como funciones principales tomar medidas de gobierno, dentro del ámbito de la competencia de su ciudad. Las presidía el Alcalde de primer voto, quien también administraba la justicia menor, un Alguacil mayor, encargado de la seguridad o la policía, el Procurador General, que se encargaba de llevar las peticiones del pueblo ante el cabildo u otras autoridades, etc. Con el tiempo los cabildos fueron perdiendo autonomía y quedaron subordinados al Virrey. Tenían, entre sus funciones, las económicas, pues recaudaba los impuestos

sobre la venta de mercaderías de primera necesidad, regulaba el comercio local, y dictaba normas para las tareas rurales.

Los Cabildos, por su funcionamiento, se los llamaban *cerrados* u ordinarios, para distinguirlos de los se debían reunir sólo por cuestiones extraordinarias, a los cuales se los llamaba *abiertos*. Las decisiones que tomaban estos Cabildos *abiertos* eran consideradas obligatorias. Estos cuerpos legislativos eran abiertos, pero no todos los vecinos eran invitados. En general se invitaba a altos funcionarios, sacerdotes, militares de graduación y los comerciantes más ricos.

A principios del 1800 en Buenos Aires, este cuerpo colegiado, por cuestiones excepcionales, y con convocatorias extraordinarias, se conformaron los llamados *Cabildos Revolucionarios*, porque se reunían en momentos de gran agitación popular, sin la intervención de los gobernantes, y con la participación de todos los vecinos que quisieran intervenir, quienes imponían su voluntad por su mayor cantidad de votos. Se reconoce el primer Cabildo Revolucionario, luego de las Invasiones Inglesas de 1806 y 1807, cuando se pidió el mando del ejército para Liniers, y se exigió la renuncia de Sobremonte, que había huido, ante la invasión.

La importancia histórica e institucional de estos *cabildos revolucionarios*, fueron que la fuerza de sus decisiones, sembró realmente la semilla que permitió concebir que el reemplazo de las autoridades podía realizarse con los votos y la presencia de todos los vecinos de la ciudad, legitimando otro procedimiento legal, lo que históricamente nos lleva a anticipar nuestra *Revolución de Mayo*.

#### B) La Revolución Francesa

La Revolución Francesa de 1789, significó la positivización de las ideas revolucionarias en un histórico documento, que se llamo la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", que con espíritu crítico desarrollaron y definieron derechos inalienables del pueblo, y que rápidamente fue captado y estudiado por una juventud ilustrada de toda la América hispana.

#### C) Antecedentes americanos

Poderoso estímulo, para las Colonias Sudamericanas la independencia de Estados Unidos de Norte América, la primera república americana. Quien había comenzado la guerra contra los ingleses en 1765, declarando su independencia en el año 1776, eligiendo su primer presidente patrio en 1789, además de que fue su libertador, Jorge Washington.

## 2. DERECHO PATRIO

#### I) Situación y antecedentes nacionales

Es necesario para introducirnos plenamente en el proceso del Constitucionalismo Argentino, esbozar en términos dinámicos cuáles fueron los su-

cesos políticos y sociales que se desarrollaban en el "país" entre los años 1810-1816, es decir, es el ubicado entre la Revolución de Mayo, hasta la Asamblea del año 1813, y la declaración de la Independencia.

En primer lugar, y sin perder de vista los sucesos previos que desembocaron en la Revolución de Mayo, teniendo presente las instituciones y organización política que imperaban, y en función de ello, tratar de comprender las diferencias, en cuanto a las corrientes ideológicas que tenían los políticos y revolucionarios de la época, para entender, quizás, algunas de las razones que dividieron a nuestra patria, entre los que sustentaban la forma de gobierno centralista *unitaria*, y los defensores del *federalismo*.

Fácil es recordar que la caída del Virrey Cisneros, que tuvo como antecedente los sucesos que se producían en Europa, especialmente en España. Napoleón, que personalmente comandaba esa guerra, la Junta de Sevilla en franca retirada, y el nombramiento de un Consejo de Regencia.

La noticia llega mediante un bergantín inglés a Montevideo, el 13 de mayo de 1810. En conocimiento de ello los patriotas juzgaron que España ya no tenía gobierno con autoridad en las colonias americanas, ni el ejército suficiente para controlar un movimiento independiente. Realizando un paralelismo con las Juntas elegidas en España directamente por el pueblo, los criollos tenían el mismo derecho, pues al estar preso Fernando VII, el Virrey no tenía autoridad para seguir gobernando.

Para la comprensión auténtica del desarrollo de la Semana de Mayo, se deben tener presente, elementos fundamentales, a mi entender, para el desarrollo y adhesión de las provincias que hasta ese momento integraban el Virreinato, y que potencialmente compondrían la nueva forma de Estado.

En este sentido, la Institución donde se gestaba la Revolución, el Cabildo, definido por sus características, como Revolucionario, era, reiteramos, el órgano de administración local, en términos actuales, asimilable a las Municipalidades. Se ubicaba en Buenos Aires, donde residían las autoridades virreinales, y se concentraba la mayor actividad económica, a través de su puerto.

Desde el punto de vista ideológico, se debe tener presente, que la gesta llevada cabo en Buenos Aires, durante la ocupación inglesa a raíz, primero de la toma de la ciudad, donde se alcanzó a jurar lealtad al rey de Inglaterra, y el conquistador inglés alcanzó a dejar latente la posibilidad, de que se podía tener un comercio más liberal, el respeto de la religión, y con la defensa de la ciudad demostró, que los criollos preparados para la guerra, habían podido vencer al invasor inglés. ¿Por qué no hacer lo propio con el español? La introducción de estos principios liberales y la certeza que dejaron un ejército capacitado, estimulado por la victoria y con integrantes, en su gran mayoría criolla, comandados por oficiales que habían sido elegidos por sus subordinados, cuyo respeto y reputación se notó con el tiempo. Se adunaron estos hechos, la incapacidad de los gobernantes españoles que cuando se enfrentaron a situaciones de crisis, huyeron, el primer Cabildo Revolucionario que depuso al virrey Sobremonte. Dejaron plasmado un sentimiento de fuerza

renovadora, que sólo Buenos Aires, había sentido en su piel, sin que el interior, protagonizara este cambio.

El ideario revolucionario, debía ser expandido a los demás Cabildos, Gobernaciones y criollos del interior del país. Por ello, la conformación del primer gobierno patrio, y también primero en toda Sud América, estaba compuesta por vecinos de la ciudad de Buenos Aires, entre los que encontraban, españoles, que aun aceptando los resultados revolucionarios, mantenían posiciones distantes con relación a una independencia total, y sugerían, que la necesidad de sancionar una Constitución, no significaba el desconocimiento al Rey de España Fernando VII. ¿Monarquía Constitucional? Posibilidad latente, mientras fuera imprecisa la reacción del interior del país, que se comenzaría a delinear, cuando llegaran sus representantes. Por ello las comunicaciones debían ser precisas, y llevadas por personas que estuvieran identificadas con el ideario revolucionario.

Por otra parte, en el interior era conocida la existencia de recelos hacia Buenos Aires, y la presencia de personajes que gozaban del respeto de los habitantes del lugar, tal el caso del francés Liniers en Córdoba, que gozaba de prestigio por su participación en el rechazo a las invasiones inglesas.

Estos hechos que aquí analizamos desde una perspectiva específica en función de la materia que estudiamos, no son innovadores dentro de los estudios históricos que formalmente conocemos, pero serían determinantes al momento de pensar una nueva forma de gobierno, de estado, y con la determinación de los pueblos en sus propios destinos.

Los sucesos revolucionarios del 25 de mayo de 1810, los que a efectos de nuestra materia serán estudiados, a partir de su función legislativa e institucional.

La asunción de la 1<sup>a</sup> Junta de Gobierno, significa también que se dictara un Reglamento, que daba al nuevo Gobierno el carácter de provisional, y sometido al control del Cabildo, reconociendo la autoridad suprema del Rey Fernando VII. También facultaba al Cabildo a destituir a los miembros de la Junta si faltaban a sus deberes. Debiendo consultar de inmediato a las provincias o Intendencias del interior a fin de formar una Junta General del Virreinato, que se reuniría en Buenos Aires con dichos representantes del interior, y así todas las provincias representadas, establecer cuál era la forma de gobierno más adecuada.

El nuevo gobierno patrio, estaba formado por destacadas figuras, como Saavedra, Jefe del Ejército, moderado y más conservador, el Dr. Mariano Moreno por temperamento e ideologías modernizantes pretendiendo un gobierno estable y centralista, Secretario de la Junta; también entre los integrantes del nuevo gobierno se hallaban dos españoles.

El objetivo revolucionario se hallaba seriamente condicionado, pues sus decisiones hallaban permanentes críticas de los órganos de gobierno virreinales preexistentes, como el Cabildo, la Audiencia, y el ex Virrey. Por ello el 28 de mayo de 1810, sanciona el *Reglamento Administrativo*.

Pero una cuestión nueva se iba a declarar complicando al nuevo gobierno, y alentado a los contrarrevolucionarios, que era la instalación del *Consejo de Regencia*, en la ciudad de Cádiz, España, lo cual formalizaba nuevamente el mandato del Rey Fernando. Hecho éste que vino a crear incertidumbre entre a quien se debía jurar. Mientras el interior, recibía mensaje de la restitución del Rey en el poder y su consecuente continuidad de mando.

En esta etapa de comunicaciones al interior de las nuevas autoridades y la necesidad de que el interior mande sus representantes, se fueron caracterizando, a través de batallas. Las cuales significaban la resistencia al nuevo gobierno por parte de las Instituciones que en el interior del país funcionaban a pleno, unido ello a la desconfianza y recelo hacia Buenos Aires.

El 18 de diciembre de 1810, se constituye la *Junta Grande*, al incorporarse los nuevos representantes del interior.

Aquí aparece un nuevo polo de poder representado, por el interior del país. Más cerca ideológicamente del pensamiento de Saavedra, que de Moreno.

Esta participación activa del interior, incipiente federalización de las decisiones y el Gobierno, contra los otros que pugnaban por centralizar las decisiones en Buenos Aires.

Las diferentes concepciones de los integrantes de la *Junta Grande*, con predominio, por una cuestión numérica de los "provincianos", activan el espíritu de creación de juntas provinciales. Esta idea se materializó con el primer reglamento desde la Revolución, trasmitiendo así la idea de gobiernos colegiados a través de *Juntas Provinciales*, las que serían denominadas *principales* y *subordinadas*, las primeras estarían formadas por cinco miembros y presididas por el Gobernador Intendente, y cuatro vocales elegidos por el "pueblo". Las subordinadas destinadas a las ciudades que tuvieran representantes en Buenos Aires, y formadas por "...el actual Jefe de armas y dos socios..." y tendrían mandato hasta la reunión del *Congreso General*.

En este punto, existen distintas posiciones respecto si fue el primer reglamento federal, o si por el contrario representaba acabadamente los principios unitarios de gobierno.

Al respecto, para ir delineando nuestra búsqueda orientada a la constitucionalización de nuestra patria, se entiende que no fue el principio del federalismo, pues los presidentes de las juntas eran políticamente el componente residual del sistema virreinal, y los representantes elegidos, necesariamente debían responder a intereses no revolucionarios, pues sus electores, es decir el "pueblo" no era en referencia de todos los habitantes de un lugar, pues siendo el sufragio restringido, a españoles o descendientes afincados, mal podía responder a todos los integrantes, en general de una comunidad. Si referenciamos las juntas "subordinadas" respondían a la "principal", las que a su vez dependían de Buenos Aires.

La falta del manejo político de la *Junta Grande*, cuyo referente del interior (Córdoba) el Deán Funes, sostenía que la Junta se hallaba influenciada por

Buenos Aires, la creciente actividad opositora, del partido con el ideario morenista, la *Sociedad Patriótica*, de neto corte centralista. Los saavedristas, conservadores, apoyados más en las armas, que en ideas renovadoras, hicieron que entre el 5 y 6 de abril de 1811, se produjese el primer levantamiento contra el gobierno revolucionario, y que marcaron el inicio de las luchas internas.

El levantamiento fue sofocado por las tropas que respondían a Saavedra, pero el movimiento alcanzó a entregar un memorial, cuyo cumplimiento en forma casi completa, demostró la debilidad política de este órgano.

Las derrotas militares en el norte (Huaqui, levantamiento del sitio a una provincia autónoma, Montevideo), hicieron que la Junta Grande, enviara a su presidente Saavedra, a hacerse cargo de reorganizar los ejércitos. Sin el presidente en Buenos Aires, a quien los actuales grupos políticos opositores hacían responsable de los fracasos, y con el argumento de que la Junta no estaba legitimada para actuar, por la falta de prestigio de sus integrantes, y la lentitud en la toma de decisiones, debido a su gran número de componentes, llevó a que la presión de la opinión pública, hiciera intervenir al Cabildo, para la creación de un Ejecutivo, que debería cumplir las normas que le dictara la Junta.

Estos hechos condujeron a la creación de un nuevo Gobierno, de una importante significación a los efectos de nuestro trabajo, en cuanto al origen de nuestras instituciones. El nuevo gobierno era el *Triunvirato*, quien decretó que los integrantes de la Junta Grande debían integrar una *Junta Conservadora*, para que el gobierno ejecutara las normas emanadas de este cuerpo colegiado legislativo.

A partir de la conformación de este Triunvirato, de cuyos seis diversos integrantes cinco eran porteños, con ideologías representativas del morenismo, y uno de sus integrantes de profundas convicciones centralistas se destacaría hacia el futuro, el Dr. Bernardino Rivadavia.

Así podemos ir mensurando ciertas características que van a ir condicionando el futuro político e institucional del país. Ellas son el Triunvirato, con un ideario centralista sostenía que políticamente se debía manejar el Gobierno, desde Buenos Aires, para imponer el orden hacia el interior (Poder Ejecutivo). Por su parte la Junta Conservadora, con aspiraciones políticas, despreciada por aparecer como continuadora de la Junta Grande, era a la vez, la intérprete del sentir del interior el país.

Los choques ideológicos de ambos órganos de gobierno, generan un desacuerdo en el interior, que dudaban en la forma de manejarse, por el público enfrentamiento de ambos órganos.

El componente progresista del ideario del Triunvirato, sirvió para reconocerle a la Junta Conservadora, atribuciones constituyentes, y solicitarle que reglamentara las normas que debía cumplir como ejecutivo. Así, la Junta redacta el *Reglamento Orgánico*, que giró al Triunvirato el 22 de octubre de 1811.

Aparece en nuestra historia institucional, en forma reglamentaria, la separación de poderes, un ejecutivo a cargo del Triunvirato, un legislativo a cargo de la Junta Conservadora, y un judicial formado por Tribunales independientes. Otorgaba al legislativo, preeminencia sobre el ejecutivo, pudiendo nombrar a los miembros del Triunvirato. Los diputados serían inviolables y permanecerían en sus cargos hasta la reunión de un Congreso. El ejecutivo se encargaría de la administración pública, del ejército y las finanzas, duraría un año y medio en el cargo y sería responsable ante la Junta por sus actos.

El centralismo porteño del Triunvirato, hizo que rechazara el Reglamento Orgánico, pero la Junta mandó publicarlo y enviarlo a conocimiento del interior. Esto hizo que Rivadavia, resolviera la situación, disolviendo la Junta, y derogando el reglamento, y envió de regreso a los diputados a sus respectivas provincias. Este hecho determinó lo que se venía insinuando, un enfrentamiento entre Buenos Aires, y el interior.

Así Rivadavia, redactó el *Estatuto Provisional* (en el documento original figura como "Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata, a nombre de Fernando VII"), en noviembre de 1811, cuya aprobación del Cabildo (Administración local), no tuvo reparos. Al año siguiente, también disolvió las juntas provinciales. Para eliminar a los opositores, relevó a Saavedra del mando del Regimiento de Patricios, reemplazándolo por un subordinado Belgrano.

El Triunvirato, a pesar del centralismo, produjo una serie de obras relativas a la Justicia, publicó el Reglamento de institución y Administración de Justicia, que reemplazaba a la antigua Audiencia por la Cámara de Apelaciones. Defendió la libertad de imprenta, dictó un decreto de seguridad individual, prohibió el tráfico de esclavos en las Provincias Unidas, otorgó carta de ciudadanía a extranjeros. Creó la escarapela nacional, a solicitud de Belgrano, ordenó componer un himno o canción patriótica. En materia de educación trajo profesores extranjeros para mejorar la educación, reconociéndola como la columna de la sociedad. En materia económica suprimió el monopolio del tabaco por el Estado, alentó la agricultura, minería e industrias. Reformó la legislación aduanera permitiendo exportar carnes. Desde lo militar, creó un Estado Mayor Militar para mejorar el ejército, creó el Regimiento de Granaderos a Caballo, integrando al proyecto a San Martín, Belgrano y Pueyrredón.

La centralización del poder, el descontento popular, los grupos opositores, con la recreación de la Sociedad Patriótica, otra reducto de morenistas, juntamente con la participación de la Logia Lautaro, brazo americano de la creada por el venezolano Miranda, en Inglaterra para luchar por la independencia americana (esta Logia tenía como fines de reunión, los temas políticos, e impulsar la revolución, sosteniendo como principios básicos la independencia y Constitución Republicana); en lo militar el asedio del enemigo realista en el Norte, y el triunfo de Belgrano en Tucumán, desobedeciendo las órdenes del Triunvirato de replegarse, signaron su suerte hasta que la revolución del 8 de octubre de 1812, puso en el cargo al Segundo Triunvirato, que gobernó orientado hacia la independencia y la Constitución.

Este Segundo Triunvirato, convocó a una Asamblea General, reglamentando la convocatoria. Serían cuatro diputados por Buenos Aires, dos por cada Capital de Provincia y uno por cada ciudad dependiente de éstas. Tucumán, que dependía de Salta, pudo enviar dos diputados, en reconocimiento al apoyo del ejército de Belgrano. Los diputados no podían traer limitaciones a sus poderes.

El 31 de enero de 1813, la Asamblea General Constituyente, inicia sus sesiones. Asumiendo la representación de la soberanía, disponiendo la inviolabilidad de sus diputados, y confirmando al Segundo Triunvirato hasta que ella, la Asamblea, dispusiese otra cosa.

Al asumir el ejercicio de la soberanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata, hizo público su ideal de independencia, aunque no llegó a sancionar la Constitución, tomó importantes medidas, en dirección a sus fines de independencia y de dictar una *Constitución Republicana*.

Creó el cargo de *Director Supremo*, y un *Consejo de Estado*, sometió a juicio de residencia a los que gobernaron desde 1810; luego, por el descontento popular, sancionó una ley de amnistía, con excepción de Saavedra y Campaña por su participación en la asonada del 5 y 6 de abril de 1811.

Socialmente decretó la libertad de vientres, o libertades civiles, donde los hijos de esclavos debían ser considerados libres. Extinguió todo tipo de servicio personal de los indios. Prohibió los mayorazgos, los escudos y todo distintivo de nobleza.

En el campo judicial, sancionó el Reglamento de Administración de Justicia, delimitando las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. En el orden militar creó la Academia Militar, y el Instituto Médico Militar a cargo del Dr. Cosme Argerich.

Debe observarse que todas estas medidas son de carácter eminentemente liberal.

Ante la Asamblea del Año XIII, se presentaron dos proyectos de Constitución. Uno redactado por una Comisión Oficial, designada por el Triunvirato, y otro redactado por miembros de la Sociedad Patriótica, que no debemos olvidar, trabajo en consonancia con los miembros de la Logia Lautaro.

En ambos proyectos constitucionales, se sostiene que el origen del poder del Estado, emana de la voluntad popular, rompiendo con la tradicional postura sobre el origen divino de los gobernantes, reconociendo entonces la democracia.

El proyecto de la Comisión Oficial, propone una forma de gobierno republicana unitaria. Establece la división del gobierno en tres poderes: el Ejecutivo, colegiado, a cargo de un Directorio, compuesto por tres miembros. El Legislativo formado por tres organismos, Cámara de representantes, Senado y Consejo de Estado. El Judicial encabezado por la Corte Suprema de Justicia.

La Sociedad Patriótica, propone un Poder Ejecutivo unipersonal, ejercido por un ciudadano con el título de presidente.

En el año 1814, el 21 de enero, al reanudar las sesiones la Asamblea concentra el Poder Ejecutivo en una sola persona, con el cargo de Director Supremo; el elegido fue Posadas.

Posadas debió enfrentar el fracaso militar en el Norte pues en Jujuy se subleva el ejército que rechaza como jefe a Alvear; también ocurrió que en Buenos Aires se alzara Artigas, que el Litoral, por influjo del mismo Artigas, también se sublevara.

La Asamblea del año 1813, funciona hasta enero de 1815. Pero deja una importante obra política, social, institucional, en marcha.

### 3. LOS PACTOS PRE-EXISTENTES

Para una ubicación temporal de los acontecimientos que originaron la necesidad de la celebración de pactos, no debemos perder de vista la convocatoria a la Asamblea General Constituyente, realizada en octubre de 1812. A raíz de la cual los diputados representantes de la Banda Oriental, fueron rechazados, por cuestiones formales en cuanto a su elección, pero, la realidad era que esos diputados, acataban la convocatoria de la Asamblea siempre que se reconociera la provincia oriental, que buscaba integrar una confederación. Tal rechazo de representantes significa quebrar la unidad de las provincias del Río de la Plata. Sin perder de vista que en España Fernando VII había vuelto al trono.

La separación de Artigas que orientaba una Liga Federal, desde el litoral, se acumulaba a los focos de conflictos de guerra, del Norte con el avance de los españoles que ocupan Salta; en Tucumán, San Martín, pretende atacar el Perú liberando primero a Chile. El repliegue de las tropas en Jujuy, significó que el Ejército del Norte quedara a cargo de un representante local Güemes, primero comandante de milicias, y luego como Gobernador, imponiendo una nueva forma de entablar la guerra, por el conocimiento del terreno, en forma sorpresiva y de continuo hostigamiento.

Desde lo político se conoce este período como verdadera anarquía, pues se produce la disolución del gobierno central, porteñista, unitario, por una nueva forma el federalismo, determinado en el tiempo por el rechazo de la Constitución unitaria de 1919.

El Director Rondeau, en 1820, debe salir a luchar contra el Ejército del Norte que regresaba y que en Arequito (Santa Fe) se subleva en apoyo de la Federación. La batalla se produce en Cepeda donde los caudillos López (Santa Fe) y Ramírez (Entre Ríos) y Campbell con tropas correntinas, lo atacan y lo vencen.

Soler, entonces debe defender Buenos Aires, mientras que se exige la renuncia de Rondeau, y el llamado a libres elecciones. Su renuncia significa el fin del Congreso iniciado en Tucumán.

En Buenos Aires, su cuerpo legislativo, un Cabildo abierto, designa la Junta de representantes, quienes eligen Gobernador de Buenos Aires a Sarratea.

Los caudillos triunfantes en Cepeda, López y Ramírez, se reúnen con Sarratea en Pilar y firman el Tratado de Pilar, primer pacto donde las partes se comprometen expresamente a organizar el país bajo el sistema republicano federal. También a comunicar lo allí pactado a Artigas, de quien descontaban su adhesión al mismo.

El 23 de febrero de 1820 se firmó el Tratado de Pilar. Este pacto, sin perjuicio de la importancia histórica que significó para la evolución política, es el primer pacto inter provincial que reconoce el sistema federal de gobierno.

La parte introductoria de dicho tratado, que fue firmado entre las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, los Gobernadores de dichas provincias pactaron "...con el fin de poner término a la guerra suscitada entre dichas Provincias, de proveer a la seguridad interior de ellas y concentrar sus fuerzas y recursos en un gobierno federal...".

La importancia constitucional del Tratado de Pilar es que el concepto de unidad nacional se da bajo la forma de una federación de provincias autónomas, siendo así en dirección a nuestro estudio el primero de los "pactos preexistentes", invocados en el Preámbulo de nuestra Carta Magna.

La firma de este tratado, por parte del representante de Buenos Aires, significó severas críticas de la oposición donde las banderas de los partidarios del centralismo porteño, generaron una profunda crisis política, con la consecuente inestabilidad gubernamental, incapaz de controlarla.

El cumplimiento de los términos del Tratado de Pilar por parte de Buenos Aires, en cuanto a enviar al Litoral armas y vestuario, la misma crisis que generó su firma se plasmó, asignándole el carácter de exigencias humillantes a favor de los caudillos triunfadores, generando nuevas crisis y conspiraciones.

Este hecho desde lo político, marcó dos cuestiones significativas, que eran el poder político que descansaba en los Cabildos, especialmente el de Buenos Aires, capaz de nombrar y destituir Gobernadores, sin vacilaciones. Y la utilización de dichos nombramientos de Gobernadores, apuntados a satisfacer los reclamos centralistas de ese cuerpo, sin respeto por los compromisos adquiridos.

El año de 1821, y durante el Gobierno de Martín Rodríguez, con participación de Bernardo Rivadavia en el gobierno, se generaron una serie de importantes iniciativas y reformas, que a los efectos del presente nombraremos las políticas.

En lo político, se formó una Junta de Representantes, doce por la Capital y once por la campaña, elegidos por medio de sufragio directo y universal.

Se suprimieron los Cabildos, en función de las perturbaciones que ocasionaron en el año 1820, suprimiendo los de Buenos Aires, y Luján, distribuyendo las funciones en otras reparticiones estatales.

Sesancionó la Ley del Olvido, que permitió el regreso de todos los exiliados por causas políticas

#### El Tratado del Cuadrilateral del 25 de enero de 1822

Las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, Santa Fe y Corrientes firman el 25 de enero de 1822 el Tratado del Cuadrilateral.

Teniendo como objetivo "...solemnizar la paz saludable que disfrutan de un modo firme y permanente..."

Dice el art. 1º: "Queda sancionada una paz firme, verdadera amistad, y unión permanente entre las cuatro provincias contratantes, cuya reciproca libertad, independencia, representación y derechos se reconocen y deben guardarse. Entre sí en igualdad de términos, como están hoy de hecho constituidas, sin que por este acto solemne se gradíen renunciados los que defiende Santa Fe sobre el territorio de Entre Ríos por documentos legítimos y amparos superiores, cuya reclamación legal, como las competentes a las demás de los suyos respectivos son reservados al soberano legítimo Congreso de todas las provincias..., cuyas innovaciones convenientes serán obedecidas como emanadas de la soberanía nacional".

Destaca también la unión de fuerzas contra todo invasor extranjero, y contra todo americano que con las armas pretenda usurpar el territorio de algunas o todas las demás provincias de la Nación. También se comprometen a no declarar la guerra a ninguna otra provincia de la Nación.

Este tratado además de ratificar las anteriores condiciones de paz y colaboración, no impide el ingreso de otras provincias al tratado, resalta las autonomías provinciales, fundamentalmente cuando se refiere a Misiones que debía formar su gobierno, el reconocimiento a la violación del pacto por parte del caudillo Ramírez, se reconoce el estado de pobreza de las provincias, y la inoportuna citación al Congreso a reunirse en Córdoba, concediéndole en reconocimiento la capacidad económica de Buenos Aires, "...única en regular aptitud respectiva para sostener los enormes gastos de un Congreso..."

Juntamente con este Pacto, se firmó un Tratado secreto, "Que forma parte integrante del público celebrado entre las cuatro provincias litorales". Se solemniza una alianza y liga ofensiva contra invasores españoles o portugueses o cualquier poder extranjero que atente contra la integridad nacional y en especial de las cuatro provincias firmantes. Donde se reconocía el gasto por la expedición auxiliadora de Santa Fe, a favor de Entre Ríos y Corrientes, impiéndole el ingreso al ejército de cualquier adicto a Ramírez o Jordán.

Es un verdadero camino hacia la unión nacional, respetando las autonomías provinciales, y afianzando la seguridad interior, la paz, y la defensa común hacia cualquier invasión extranjera.

Sin que se pretenda otorgarle el rango de Pacto Preexistente, en el año 1824, ante el fracaso del Congreso Federal de Córdoba, se debía resolver el problema, y organizar de algún modo al país.

Rivadavia promueve la reunión de un Congreso Constituyente en Buenos Aires, el que inicia sus sesiones el 16 de diciembre de 1824. Teniendo como propósito unir las provincias en una nación gobernada por el sistema representativo, lograr la paz interior y expulsar a los portugueses de la Banda Oriental. Nótese que no se hacía alusión al tema del federalismo, ni centralismo. No obstante lo cual se lo invitó al Congreso de facultades constituyentes. Participaron 49 delegados del interior.

El 23 de enero de 1825 el Congreso sanciona la "Ley Fundamental", donde la Provincia de Buenos Aires se hacía cargo del Poder Ejecutivo, siendo una ley de carácter federal. Dejando a salvo el hecho de que cada Provincia, se siga rigiendo por sus propias instituciones.

A partir de 1826 se inicia una etapa tipificada por lo nacional; se crea el Poder Ejecutivo Nacional permanente, separado del cargo de gobernador de Buenos Aires, y el 7 de febrero de 1826 es elegido Rivadavia Presidente. Esto implicaba tener un presidente, pero no teníamos resuelto el problema de la forma de gobierno, y no contaba además con la conformidad de los pueblos del interior.

El Congreso dispone nacionalizar la Provincia de Buenos Aires, es decir que se declara a la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República, y el resto del territorio pertenecía a la Provincia de Buenos Aires. Este proyecto, sin dudas que violentaba la Ley Fundamental, que aseguraba la integridad de todas las provincias.

Rivadavia, que era un presidente constitucional sin constitución, por decreto enviado al Congreso ordena que sancione una.

El Congreso, entonces, encarga a una Comisión que elabore una Constitución sobre la base de un gobierno representativo, republicano, "consolidando en una unidad de régimen", sin duda unitario.

El 24 de diciembre de 1826, se sanciona una Constitución de características unitaria por lo que las provincias la rechazan. Al año siguiente Rivadavia presenta su renuncia y el Congreso la acepta el 30 de junio de 1827. El 28 de agosto de 1827 el Congreso se declara disuelto, previo a encomendar a la Legislatura de Buenos Aires, la dirección de la guerra y de las relaciones exteriores.

El fracaso del intento de gobierno nacional (unitario) significó el retorno al federalismo.

Dorrego se hizo cargo del gobierno en agosto de 1827, con dos objetivos urgentes: unión de las provincias y continuar la guerra con el Brasil.

Para la continuación de la guerra debía necesariamente solicitar ayuda de las provincias. El resultado fue positivo pues se firmaron los pactos interprovinciales, con Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes, donde se comenzaba por reconocer la igualdad jurídica de todas las provincias, y también se

comprometía a enviar representantes a una Convención a reunirse en Santa Fe, para que preparase el futuro Congreso Constituyente que debería organizar el país bajo la forma federal de gobierno.

#### El Pacto de Confederación Argentina del 4 de enero de 1831

Con Juan Manuel de Rosas instalado en el gobierno de la provincia de Buenos Aires, los dirigentes de las provincias litorales (preocupados por el predominio del General Paz, de corte unitario, en el interior del país, y por la organización de la Liga Unitaria) concertaron entre sí y con Rosas, luego, el Tratado del 4 de enero de 1831. Suscripto en Santa Fe, por esa provincia, Buenos Aires, Entre Ríos, y por separado adhirió Corrientes por la renuncia de Ferré, era el *Pacto Federal o Liga del Litoral*. Que unió las provincias firmantes en una alianza ofensiva y defensiva. Y para generar las condiciones para formar un *Congreso Nacional Constituyente*, para que organice la república bajo el sistema federativo.

La captura del general Paz, significa para los unitarios el principio de la derrota. Las victorias del caudillo del norte, Quiroga, tomando a su paso la zona de Cuyo, hacían que solo le restase ir contra las fuerzas unitarias de Tucumán. Así cerca de la capital de esa provincia derrotó a los unitarios, consolidando definitivamente la causa federal. Atento que las provincias comenzaron a adherir al pacto federal, acercándose cada vez en forma más real a la Confederación Argentina, solo parecía que faltaba la sanción de la Constitución federal, para obtener la paz pública en todas las provincias. Eran los comienzos del año 1833.

Entre el año 1835 y 1851 se asigna poca actividad política en este sentido, pues el dominio de la escena política corresponde a Rosas.

Al ir resolviendo los problemas internos (conspiraciones) y los externos como el límitrofe con la confederación del Alto Perú (Bolivia) por Tarija, el bloqueo anglo-francés, la paz interna por la adhesión de los gobernadores no se perturbaba.

Pero Entre Ríos, con Urquiza como Gobernador se veía cada vez más afectada, pues al mejorar su situación económica y social, las limitaciones al comercio que oponía Buenos Aires, hicieron que comenzara a germinar la conspiración contra Rosas, quien luego de un mandato largo, algunos federales no estaban del todo de acuerdo con sus métodos.

Por ello con la ayuda externa y determinante de Brasil, Entre Ríos al mando de Urquiza enfrentó a Rosas, a través del conocido "pronunciamiento", aceptando la renuncia que Rosas anualmente presentaba y no le era aceptada. Decidiendo abrirse de la Confederación, y retornar el mando de su propia política exterior.

Con el apoyo del llamado Ejército Grande, Urquiza venció a Rosas en Caseros, nombrando a Gobernador provisorio de Buenos Aires a Vicente López y Planes. Mediante el Protocolo de Palermo, Urquiza tomaba el manejo de las

relaciones exteriores, hasta que el Congreso Nacional determinase quien debía ocupar el cargo.

#### El Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos del 31 de mayo de 1852

El 29 de mayo de 1852, fueron llegando los propios Gobernadores representando a sus provincias. Las mayores discusiones se presentaban por la designación de la capital del país.

Pero para continuar con las deliberaciones a través de un Congreso, el 31 de mayo de 1852, se aprueba el texto sin modificaciones, cuyas principales cláusulas fueron, reconocer como Ley Fundamental de la República, el Pacto Federal celebrado el 4 de enero de 1831, y la Convocatoria de un Congreso General Federativo, a celebrarse en Santa Fe en el mes de agosto, donde se determinaría la administración del país bajo el sistema federal, enviando cada provincia dos diputados con inmunidades legislativas; que Urquiza se encargara de las Relaciones Exteriores, y otorgarle el título de Director Provisorio de la Confederación Argentina, quedando al mando de todas las fuerzas militares, pudiendo reglamentar la navegación de los ríos, y cobrar las rentas nacionales.

Todas las provincias ratificaron el Acuerdo de San Nicolás, salvo Buenos Aires, cuyo Gobernador Vicente López y Planes, remitió el acuerdo a la legislatura para su aprobación.

Buenos Aires con Alsina a la cabeza forma el partido liberal, consecuente con sus ideas, de las cuales participaban Mitre y Sarmiento, es decir que el elemento unitario no se resignaba a perder su hegemonía.

Por la gran resistencia el Gobernador eleva su renuncia la cual fue aceptada, y la Legislatura nombra a su Presidente Gobernador de Buenos Aires, el General Guillermo Pinto.

La disyuntiva de Urquiza luego de disolver la Legislatura porteña, era si dar prioridad al Congreso Constituyente de Santa Fe, o sofocar la rebelión porteña, que pretendía restablecer el predominio político y económico, hacer de ella una provincia autónoma, separada del resto de la Confederación, con el restablecimiento total de sus derechos de aduanas. Urquiza priorizó el Congreso, y negoció con Buenos Aires, su no agresión mientras el resto del país se organizaba para constitucionalizar la República.

Se instaló en Santa Fe el Congreso Constituyente, el 20 de noviembre de 1852. Se resolvió al mes siguiente de la apertura, crear una Comisión que redactase la Constitución.

Se plantearon dudas que pusieron en riesgo al Congreso por la falta de Buenos Aires, pero la decisión fue continuar.

El 1 de mayo de 1853 el Congreso sanciona la Constitución con el Preámbulo y con 107 artículos.

Urquiza, que se hallaba en San José de Flores, la promulgó el 25 de mayo y dispuso su jura por el pueblo el 9 de julio de 1853. Con excepción de Buenos Aires.

Formalmente separada Buenos Aires, de las trece provincias, y ante la alternativa que pudiera la provincia cerrar los ríos, antes de abandonar el sitio que le mantenía Urquiza, con la mediación de los ministros de Inglaterra, Francia y Estado Unidos, firmó con ellos el Tratado de San José de Flores, por el que concedía a esos países la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay, y así asegurar la libertad de comercio de las provincias del Litoral.

#### 4. LA CONSTITUCIÓN DE 1853/1860

La Constitución sancionada en 1853, tiene un Preámbulo y 107 artículos.

Adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal.

Se destina la primer parte del texto, del art. 1º al 35 a la declaración de derechos civiles y políticos, y las garantías, denominada la parte dogmática o preceptiva, pues la persona los recibe por el hecho de ser persona.

Se detallan los derechos individuales, clásicos del período del constitucionalismo liberal. Mientras que los derechos civiles protectores son iguales, los derechos políticos de los extranjeros, están sujetos a que obtengan su ciudadanía (art. 20).

También se desarrollan las garantías de la ley previa al hecho del proceso, el respeto del juez natural, el debido proceso, es decir el derecho a la defensa.

Se consagran las garantías que otorga el Gobierno federal al de las Provincias, siempre que cada una dicte su constitución; la igualdad de ciudadanos de todas las provincias y la libre circulación por el territorio nacional. Asimismo el establecimiento de aduanas nacionales, con tarifas que sancione el Congreso, y la inviolabilidad de la propiedad, la abolición de las prerrogativas de sangre, fueros y títulos de nobleza, la limitación o suspensión de las garantías personales, por causas de commoción interior, o ataque del exterior, el estado de sitio, la libertad de navegación por los ríos interiores, el procedimiento de reforma de la constitución; la supremacía de ésta sobre las otras leyes.

La declaración de la existencia de derechos no enumerados, no significa su desconocimiento ni negación, sino que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, derechos implícitos.

La división de poderes y sus funciones se enumera en los artículos 36 al 73, para el Poder Legislativo, formado por dos Cámaras, las atribuciones de este poder que representa la Cámara de Diputados a las personas y los estados provinciales a través del Senado.

Del art. 74 al 93 destinado al Poder Ejecutivo, unipersonal, con obligaciones, duración en el cargo, forma de elección, funciones, y los ministros que lo integran.

Se consagra el Poder Judicial, ejercido por una Corte suprema, y tribunales inferiores, su independencia del Poder Ejecutivo y la inamovilidad de los jueces.

Del art. 104 al 107 dedicados al gobierno de Provincia, detallando sus obligaciones en función de la Constitución Nacional, sus facultades, las prohibiciones de ejercer el poder delegado a la Nación.

### 5. SU CONTEXTO

Separada Buenos Aires del resto de la Confederación, debía sancionar su propia constitución. Por ello la Legislatura, sin consultar la voluntad popular, se atribuye funciones constituyentes. Y encomendo la redacción del proyecto de Constitución a siete miembros.

El 12 de abril de 1854, Buenos Aires sanciona su Constitución, la que guardaba mucha similitud con la que había sancionado Rivadavia en 1826, pues se consideraba con el libre ejercicio de su soberanía exterior e interior, si no existía una delegación expresa a un gobierno federal.

Desde el punto de vista económico, existía prosperidad económica, también se fundaron nuevos pueblos en la campaña, se edificó el Teatro Colón, se comenzó la construcción del edificio de Aduana, teniendo a Sarmiento como impulsor de la educación.

Desde lo político, no todos los porteños estaban conformes de haberse separado de la Confederación, lo que trajo aparejado levantamientos, que a pesar de ser sofocados por Mitre a quien se le otorgaron facultades extraordinarias, se los relacionó con actividades de la Confederación, a quien se le reclamó por dichas cuestiones, obteniéndose respuestas conciliadoras. En los años 1854 y 1855, se firmaron acuerdos llamados de convivencia, reconociendo la necesidad de acercarse Buenos Aires con la Confederación. En el segundo pacto, se estableció el uso de la misma bandera en los buques, reciproca defensa en caso del peligro exterior, el pago de derechos, por una sola vez tanto sea la aduana porteña o de la confederación.

La confederación sufría una crisis económica por los altos gastos que le demandaba la administración del estado y los ejércitos. Así por que en ese momento la capital de la Confederación era Paraná (Entre Ríos), se presentó un proyecto de "derechos diferenciales" consistentes en desalentar el uso del puerto porteño, subiendo los aranceles, respecto a si las mercaderías de importación entraran directamente por puertos de la Confederación.

Las elecciones de renovación de la legislatura de Buenos Aires, fueron la justificación que precisaban los partidarios de integrarse a la Confederación,

previa reforma constitucional. Contra los liberales, localistas porteños y enemigos de Urquiza, que a través de periódicos, luchaban por mantenerse autónomos, contando entre sus seguidores a Mitre, Alsina, Sarmiento.

Las elecciones de 1857 mediante el fraude, impusieron a Alsina como gobernador, y separatista de la confederación.

Se firma el primer Pacto de Convivencia.

En 1855 la Confederación y Buenos Aires firman el segundo Pacto de Convivencia.

El Congreso de Paraná sanciona la Ley de Derechos Diferenciales.

El año 1859, por un incidente en San Juan, la muerte de un ex gobernador federal, a manos de simpatizantes de la política porteña, significó que Urquiza obtuviera del Congreso de Paraná una ley para intervenir la provincia disidente; en forma pacífica o por las armas. Buenos Aires lo tomó como una declaración de guerra, y organizó tropas al mando de Mitre. Urquiza, para evitar el enfrentamiento armado, aceptó la mediación del Gobierno paraguayo y de Estados Unidos, pero el Gobernador Alsina previo a cualquier acuerdo, solicitó la renuncia de Urquiza.

Cerca de Pergamino se produjo el enfrentamiento armado, siendo Mitre totalmente desbordado y vencido por su rival.

Así se desemboca en el Pacto de San José de Flores, por el cual Buenos Aires se integraba a la Confederación, acatando la Constitución, la cual previamente debería ser revisada por una convención local. La cual para el caso de proponer reformas el Congreso Nacional, reuniría una Convención que las estudiaría, para aceptar o no las mismas. La provincia, se comprometía a acatar el resultado de la convención, con la sola salvedad de que su territorio no fuera dividido sin el consentimiento de la propia legislatura. Resignando el manejo de las relaciones diplomáticas, y el paso de la Aduana a la Confederación.

El 21 de octubre de 1860, la Convención Nacional aprobó todas las propuestas, que no modificaban ningún punto fundamental de la Constitución de 1853. Salvo lo referido a la cuestión Capital, que la carta de 1853 declaraba a Buenos Aires capital de la Confederación, qué las autoridades del gobierno federal se establecerían en Buenos Aires, hasta que el Congreso declarase capital mediante una ley especial. El país se denominó Provincias Unidas del Río de la Plata, Confederación Argentina, y República Argentina en forma indistinta, pero en la sanción de las leyes debería emplearse "Nación Argentina".

El 11 de noviembre de 1860 se firma el Pacto de San José de Flores.

El 21 de octubre de 1860 se jura la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

## 6. REFORMAS POSTERIORES (VER ASIMISMO CAP. VI)

Las reformas posteriores, a la sanción de la Constitución de 1853/1860

Fue la Reforma del año 1866, que se limitó a examinar el art. 4º y el inc. 1 del art. 67. Ambos artículos estaban relacionados con las cuestiones económicas que se suscitaban alrededor de las regulaciones de los derechos de importación y exportación, pues no debe perderse de vista el cobro de estos derechos antes del proceso constitucional, pues las provincias del Litoral tenían importantes ingresos por medio de esas aduanas locales. Suscitándose fuertes enfrentamientos por ingresos que generaban estos derechos. El tema principalmente entre las reformas 1853/1860, se remite a la facultad del Congreso de imponer contribuciones indirectas y a las Provincias, contribuciones directas, destinadas a formar su propio tesoro, respetando así la primacía de las Provincias.

La reforma de 1898 tenía por objeto la reforma de tres puntos: El número de habitantes que se fija en art. 37, como base de la elección de Diputados al Congreso Nacional, el número de ministros del Poder Ejecutivo, y la instalación de aduanas libres en el territorio del sur.

La reforma de 1949, tuvo como eje principal la introducción del Constitucionalismo social al Texto Supremo, pero la misma fue tildada de inconstitucional; pues la ley que declaraba la necesidad de la reforma, no contó con los dos tercios de los miembros del Congreso, sino que se tomaron los dos tercios de los miembros en la sesión en que se votó la ley.

La reforma del año 1957, tenía serias irregularidades, pues no sólo se realizó estando en el poder un gobierno de facto, sino que se hallaba proscrito el partido mayoritario. Su reforma consistió en la introducción del Constitucionalismo Social, en el art. 14 bis. Su texto separado en tres partes, se refiere al derecho individual del trabajo, al derecho colectivo del trabajo, y a la seguridad social, y el art. 67 inc 11 obligaba al Congreso a dictar además de los otros Códigos, el Código del Trabajo y la Seguridad Social. Esta reforma, inconstitucional en principio, se incorpora formalmente al texto cuando se jura la Reforma constitucional de 1994.

La reforma Constitucional de 1994 significó un gran "aggiornamiento" de nuestro texto, al incorporar normas de derecho internacional, equiparando jerárquicamente a los tratados sobre Derechos Humanos a nuestra Carta Magna. Reconociendo a los tratados regionales supremacía sobre las leyes nacionales. Incorpora a la parte dogmática de la Constitución un artículo que trata sobre las garantías del efectivo ejercicio de nuestros derechos (art. 43), amparo, hábeas data, hábeas corpus (art. 43), derechos sobre los consumidores y usuarios (art. 42), defensa del medio ambiente (art. 41), la consulta popular (art. 40), la iniciativa popular, la incorporación de los partidos políticos al texto. Se le da rango constitucional a las características del sufragio. La sanción constitucional a la conducta política que altere el orden institucional. Eleva la Auditoría General de la Nación y al defensor del pueblo al rango constitucional, crea un Ministerio Público independiente con autonomía funcio-

nal, crea la figura del Jefe de Gabinete, habilita la creación de regiones de desarrollo económico y social, habilitando a las provincias también a celebrar tratados internacionales, crea el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires. Es decir que nuestro texto se ve revitalizado, extendido, y actualizado al dinamismo internacional de los derechos humanos.

APENDICE  
JURISPRUDENCIAL

CASO "MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN V.  
GERARDO SOFOVICH Y OTROS"

(Fallos: 315:1492)

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de julio de 1992.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Miguel Ángel Ekmekdjian en la causa Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el amparo interpuesto por Miguel Ángel Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich. Contra dicho pronunciamiento el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

2º) Que de acuerdo a lo expuesto por el recurrente, lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, a fs. 84/85 promovió demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa "La Noche del Sábado"—que se emitía por el canal 2 de televisión—, una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quien expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del Sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984.

3º) Que el fundamento central utilizado por el *a quo* para rechazar las pretensiones del actor consiste en considerar que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta "en las condiciones que establezca la ley", razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio. Considera, en consecuencia, que el derecho de respuesta no tiene carácter operativo, como lo resolviera esta Corte en el caso E.60.XXII "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", el 1 de diciembre de 1988. A este fundamento el *a quo* agrega que el propio actor reconoció no ser titular

de un derecho subjetivo a la respuesta que reclama sino que tiene un interés de carácter difuso, lo que obsta a su legitimación, pues conforme a la índole del derecho de respuesta o rectificación, éste sería un derecho de la personalidad o personalísimo, lo que involucra en su titularidad a un determinado sujeto —persona física— y excluye a los de carácter difuso o colectivo, concluyendo que el actor no está habilitado para obtener una sentencia estimatoria.

4º) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del Tribunal, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas (arts. 31 y 33 de la Constitución Nacional y 14 del Pacto de San José de Costa Rica).

5º) Que, por otra parte, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308:647, cons. 5º y sus citas).

6º) Que, de manera preliminar, cabe dejar claramente sentado que en esta causa no se encuentra en tela de juicio que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la Nación. Este pensamiento responde en última instancia al fundamento republicano de la libertad de imprenta, ya que no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de las autoridades intervenientes. Dentro de ese marco, las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social, ya que su actividad está dirigida al bien de la sociedad y por tanto de todos y cada uno de sus miembros. En tal sentido, esta Corte ha dicho que "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291).

7º) Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona de cuento lesione el respeto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado "derecho de réplica o respuesta" inte-

gra nuestro ordenamiento jurídico como un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

8º) Que a lo largo de los siglos XVII y XVIII y hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado por la conquista de la libertad de expresión y la consagración del derecho de prensa. Estas reivindicaciones individuales, verdaderas conquistas del liberalismo, se encuentran consagradas en el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre: "la libre comunicación de pensamientos y expresiones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar, imprimir libremente". Pero en nuestro tiempo —se aduce—, por obra y gracia de la revolución técnica, los contendientes en la lucha por el dominio y control de los medios de comunicación han cambiado. El individuo como sujeto activo está virtualmente eliminado. Quienes se enfrentan son el Estado y los grupos; y los grupos entre sí.

No siempre se movilizan las pasiones por la reivindicación de un derecho. Se lucha por los más eficaces y poderosos medios técnicos de formación del pensamiento, las actitudes y comportamientos humanos. Las nuevas técnicas suponen financiamiento, gastos y costos que están fuera de las posibilidades del común de los hombres. A éstos les queda la posibilidad de elegir el diario, la estación de radio, o el canal de televisión cuyas palabras e imágenes habrán de incorporarse al mundo de sus representaciones, condicionarán sus opiniones, formarán sus hábitos y comportamientos. Del derecho activo de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, es decir, del derecho de información, poco le queda al hombre de nuestro tiempo; le resta el derecho pasivo a saber, a conocer, a que le digan lo más verazmente posible lo que ocurrió, es decir, el derecho social a la información.

En consecuencia ¿qué derecho tiene el común de los hombres cuando es ofendido y difamado, por el ejercicio abusivo, inexacto o agravante de la información periodística, radial o televisiva? Ya no están a su alcance —se afirma—, los medios con qué contaba en los siglos XVIII y XIX. Las salas de los directores de las empresas periodísticas, de radio o televisión están fuera de su acceso; y en ellas se reúnen los que tienen en su mano irrumpir en su destino individual, difamarlo o ridiculizarlo o exponer su intimidad a la mirada de todo el mundo. Son seres distantes, que manejan un poder incommensurable en una civilización audiovisual que tiene como accesorio a la letra impresa (Rivero, J., *Le Statut des techniques le formation de l'opinion, l'opinion publique*, Presses Universitaires de France, 1957, p. 113 y sigtes.). Se manifiesta así un injusto reparto de los poderes sociales que exige ser corregido a través de mecanismos razonables y apropiados.

9º) Que estos cambios, que han modificado la situación de la prensa, han sido reconocidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América. En *Miami Herald Publishing Co., Division of Knight Newspapers, Inc. v. Tornillo* (418 U.S. 241 —1974—), la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo "...la prensa de hoy es en verdad muy diferente de aquella que existió en los

"primeros años de nuestra existencia nacional". "En la última mitad del siglo una revolución de las comunicaciones permitió la introducción de la radio y la televisión en nuestras vidas. La promesa de una comunidad global cobró realidad a través del uso de los satélites de comunicación, y el espectro de una nación 'cableada' a través de la expansiva red de cables de televisión. La prensa impresa se dice, no ha escapado a los efectos de esta revolución. Los periódicos se han transformado en grandes empresas y son ahora, muchos menos para servir a una mucho más grande población alfabetizada. Cadenas de periódicos, periódicos nacionales, cables nacionales, servicios de noticias y periódicos únicos en un pueblo, son las características dominantes de una prensa que se ha transformado en no competitiva y enormemente poderosa; influye en su capacidad para manipular la opinión popular y cambiar el curso de los acontecimientos".

"La eliminación de la competencia entre periódicos es mayor en las grandes ciudades, y la concentración del control de los medios que resulta de que el único periódico pertenece a los mismos intereses que también posee una estación de radio y televisión, son componentes en este camino hacia la concentración de la información. El resultado de estos grandes cambios ha sido el colocar en pocas manos el poder de informar a la población americana y de formar la opinión pública. Muchas de las opiniones vertidas en editoriales y comentarios que se imprimen, provienen de estas redes nacionales de información, y como resultado, en temas nacionales y mundiales tiende a haber una homogeneidad de estas opiniones. Los abusos de estos reportajes manipulados, se dice que son el resultado de la gran acumulación de poder irreversible de estos modernos imperios de comunicación".

"En efecto, se aduce, el público ha perdido la capacidad de responder o contribuir de una manera significativa en el debate de los distintos temas. El monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico, excepto en las publicaciones de profesionales, que tienen un limitado número de lectores". "Esta concentración de organizaciones de noticias a nivel nacional —como otras grandes instituciones— se ha transformado en algo muy remoto y algo irresponsable frente al basamento popular de que depende, y que a su vez depende de él". "La solución obvia, que era accesible a los disidentes en una época temprana, cuando ingresar al negocio de la publicación era relativamente barato, hoy en día sería la de tener periódicos adicionales. Pero los mismos factores económicos que han provocado la desaparición de un vasto número de periódicos metropolitanos, han hecho que el ingreso a ese mercado de ideas que se sirve de la prensa, resulte algo casi imposible. Se dice que el reclamo de los diarios de ser "subrogantes del público" acarrea con ello una obligación fiduciaria concomitante de estar a la altura de dicho mandato. Desde esta premisa se razona que el único modo efectivo de asegurar justicia, certeza y de otorgar responsabilidad, es que el gobierno intervenga positivamente. El fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado, está hoy en peligro porque 'ese mercado de ideas' es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado".

10) Que, como ya se señalara, en el análisis valorativo del denominado "derecho de respuesta", no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad

de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se aproximen a ese objeto. Ambos valores deben ser debidamente sopesados, sin perder de vista que, con la respuesta, se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo.

11) Que está fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social —los medios técnicos de información—, ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de esas técnicas en la elaboración de estructuras mentales, condiciona la vida humana.

Por otra parte, nadie puede negar ni desconocer la influencia enorme de signo positivo que han ejercido y ejercen los medios de información y la comunicación colectiva. La humanidad ha entrado en una nueva era iluminada, precisamente, por los progresos técnicos y científicos.

La información colectiva pone el mundo a disposición de todo el mundo. La universalidad e instantaneidad de la noticia, de lo que sucede a los hombres en el mundo entero y en el orden nacional o local, ese flujo diario ininterrumpido de cuanto acontecimiento ha ocurrido y pueda interesar a la vida humana, amplía el horizonte social y cultural poniendo a disposición de todos, sin distinción objetiva de ninguna especie, el conocimiento del ritmo del acontecer humano. Ha creado lazos de solidaridad esencial en escala mundial. El hombre se ha habituado a ver el mundo como cosa propia, pues la comunicación colectiva lo ha reducido a los términos de una comarca. Los límites geográficos han perdido significación y sentido. Una nueva dimensión tiene su soporte en este hecho incontrastable: lo universal tiene cabida en la mente humana como un dominio propio.

12) Que todo lo expuesto permite una mayor comprensión del derecho de prensa. El acrecentamiento de influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (Fallos: 310:508).

La prensa de nuestro país debe ser objeto de la máxima protección jurisdiccional en todo cuanto se relacione con su finalidad de servir leal y honorablemente a la información y a la formación de la opinión pública, es decir, a la función que le compete en servicio de la comunidad.

No obstante, ese especial reconocimiento constitucional no significa impunidad (Fallos: 310:508) ni elimina la responsabilidad ante la justicia por los

delitos y daños cometidos, pues en nuestra Constitución no ha existido el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones (Fallos: 167:138).

Así entonces, frente a los avances y al uso que se dé a los medios de comunicación no parece inapropiado considerar que el porvenir de la sociedad contemporánea depende del equilibrio entre el poder de los medios y la aptitud de cada individuo de reaccionar ante cualquier intento de manipulación.

13) Que entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación. En este sentido, resulta un antecedente relevante de la creación normativa de este derecho, el proyecto de Código de Honor de periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952, que estableció en su art. 2º que "la buena fe con respecto al público constituye el fundamento de todo periodismo auténtico. Cualquier información que, una vez hecha pública se revelase incorrecta o nociva, deberá ser rectificada espontáneamente y sin demora. Las opiniones y las noticias no confirmadas serán presentadas como tales y tratadas en consecuencia". El Código de Ética del Círculo de Antioquía de 1970, en su art. 3º establece como obligación del periodista el "poner todo su empeño en buscar la verdad y, cuando haya incurrido en error, toda su capacidad en enmendarlo". La Carta del Periodista de Francia de 1965, categorizó las faltas profesionales y considera como las de máxima gravedad "la calumnia, las acusaciones no probadas, la alteración de documentos, la deformación de los hechos". La Carta de Chile (1969) amplía el contenido de la réplica, bastando con que la persona afectada crea necesario dar una respuesta o aclarar una situación como para que nazca el derecho y pueda ser ejercido. La Unión Europea de Radiodifusión (1969) recomendó a sus asociados que trasmitieran rectificaciones. La Sociedad Suiza de Radiodifusión (1981) dio directivas sobre las condiciones y formas de las respuestas.

Asimismo, además del agraviado, también gozan de este derecho los parentes en Bélgica (ley de 1961), Dinamarca (ley 330 de 1976), Francia (*le droit de réponse* de 1881), Uruguay (art. 7º de la ley 16.099). Otras legislaciones lo otorgan a las personas morales: Austria (1981), Suiza (ley 1937), Chile (ley 15.479), Uruguay y Francia. La Convención sobre Derecho de Rectificación de las Naciones Unidas de 1952, lo instituye para los Estados.

Pero hay coincidencia universal, de que el mismo no puede ser reconocido a partidos o ideologías políticas, para evitar que paralice la función esencial que cabe a la prensa, en un país que comulga con ideales democráticos.

14) Que, en ese orden de ideas, el derecho de respuesta o rectificación se encuentra incorporado en varias constituciones provinciales; así en la de Catamarca, art. 15; en la de Formosa, art. 12; en la de Jujuy, art. 23; en la de La

Pampa, art. 8; en la de Neuquén, art. 22; en la de Salta, art. 23; en la de San Juan, art. 25; en la de San Luis, art. 21; en la de Santa Cruz, art. 15; en la de Santa Fe, art. 11; en la de Santiago del Estero, art. 20 y en la de Tierra del Fuego, art. 47. Actualmente ha sido reconocido, con excepción de Cuba, en la mayor parte de los países de América Latina y también en Europa Occidental.

En el ámbito nacional, a su vez, existen procedimientos que se correlacionan con el derecho de respuesta. El derecho a la intimidad y al honor tienen una estructura tutelar en el artículo 1071 bis del Código Civil, que establece que "el que arbitrariamente se entrometierte en la vida ajena públicamente retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad y el hecho no fuere un delito penal", podrá pedir al juez, "de acuerdo con las circunstancias, la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación". Esto se complementa, en cuanto al honor, con lo dispuesto por el art. 114 del Código Penal, que determina que "cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa... el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si —como afirma el recurrente— aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse.

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es

quién conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integral el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 17 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

En el supuesto del art. 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa: 1. "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en

general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". 2. "En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido". 3. "Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

La interpretación textual según la cual toda persona "tiene derecho a..." despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que "la ley debe reconocer" (art. 17) o "estará prohibido por la ley" (art. 13, 5).

21) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)—. Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" —Opinión Consultiva OC-7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, N° 7, pág. 13, par. 14—. Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1, "reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible" (*Ibidem*, p. 19, letra A) y que la frase "en las condiciones que establece la ley" se refiere a cuestiones tales como "si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc." (*Ibidem*, p. 14, par. 27), pero que "el hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme al artículo 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención" (p. 15, par. 28).

22) Que en dicha Opinión Consultiva la Corte Interamericana sostuvo que "todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquier otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin".

Que las palabras "en las condiciones que establezca la ley" se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legisla-

tiva persiguen el fin común de las soluciones valiosas (confr. Fallos: 302:1284, entre otros).

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

23) Que, el derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron. En cuanto a su encuadre jurídico, no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva. No se trata de la querella por calumnias o injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios.

La información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión (art. 14, 1 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica). Este también es el carácter que le asigna la Comisión Lüchinger, en Suiza, para la que "el derecho de respuesta es la expresión y la consecuencia de los derechos de la personalidad en general. Toda persona debe poder justificarse a los ojos de la opinión pública, cuando los medios han divulgado, a su respecto, alegaciones que atentan contra sus intereses personales" (*"Commission d'expert pour l'examen de la protection de la personnalité en droit civil"*, Rapport final, Berna, 1974, p. 21).

Es decir, que así como todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento —ideas, opiniones, críticas— por cualquier medio de comunicación; así también todo habitante —que por causa de una información inexacta o agravante sufra un daño en su personalidad— tiene derecho a obtener mediante trámite sumarísimo una sentencia que le permita defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación; sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieren corresponder.

24) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor. Parece obvio señalar que una respuesta afirmativa a la cuestión constituye condición esencial para que el Tribunal pudiera haber afrontado la trascendente temática desarrollada en este pronunciamiento. Efectivamente, en un orden lógico de la decisión, ante el señalamiento del *a quo* de negar legitimación al demandante, si la Corte compartiera ese razonamiento debería desestimar sin más el recurso. De lo contrario, las reflexiones del Tribunal acerca del derecho de rectificación o respuesta, no tendrían la autoridad de un "fallo o sentencia" (arg. art. 2º de la ley 27). Empero, no es menos cierto que la falta de legislación en el orden nacional sobre la materia, el carácter de primer

pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporciona a los fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del Instituto.

25) Que cualquiera sea el nombre que se le hubiese asignado a la acción intentada en estos autos, por aplicación del principio *iura curia novit*, esta Corte está facultada a superar óbices formales cuando se trata, como en el *sub examine*, de una persona que se ha sentido mortificado en sus sentimientos más profundos por expresiones insitamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o en su caso, de un abuso del derecho. En sentido estricto, Dalmiro Sáenz con sus expresiones vertidas en la audición de Gerardo Sofovich —quien posibilitó el uso del medio—, interfirió en el ámbito privado del señor Miguel Angel Ekmekdjian, moviendo sus convicciones más profundas. Esta conducta —reconocida por el demandado a fs. 102/105— ha interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador.

Así, en el derecho norteamericano, a los efectos de considerar la habilitación de la revisión judicial se distinguen los intereses "materiales", los "ideológicos" y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley (Richard B. Stewart, *"The Reformation of American Administrative Law"*, *Harvard Law Review*, Vol. 88, N° 8, junio de 1975 pág. 1669). Se destacan aquí los denominados "intereses ideológicos", que son aquellos que buscan "la afirmación de principios morales o religiosos" (pág. 1734) y aunque *prima facie* no deben ser acogidos a los efectos de la revisión judicial ("standing", pág. 1638) si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dicho interés alcanza suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca. Nótese que esta admisión (si bien por vía de excepción) de "interés ideológico" como habilitante de la tutela judicial lo es, en el derecho comentado, para accionar en orden a revisar la acción u omisión de las agencias administrativas. Cuanto más entonces cuando, como en el caso, se trata simplemente de admitir la "réplica" en reparación de un fuerte sentimiento religioso ofendido, sentimiento que encuentra en nuestra sociedad sustanciales raíces culturales e institucionales.

Debe advertirse —con relación al caso planteado— que se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional, que requiere —para habilitar el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta— una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental. En estas condiciones, la afirmación que provoca la rectificación o respuesta invade, como ya se dijo, los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así —y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración para el derecho— en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa. Estos extremos quedarán sujetos a la severa valoración del juez

de la causa, aunque no cabe duda de que, en tales condiciones, la ofensa afecta la honra personal, por tanto a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico.

Ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador establezca —o el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar— a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables.

A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora.

Así entonces, se logra armonizar la indudable dimensión personal de la ofensa a las profundas creencias, sentimientos o valores reconocidos como sustanciales, con la practicidad de un sistema que no está dirigido a cumplir, en un nivel de absurdo, el ejercicio de la libertad de prensa y de los derechos del sujeto propietario del órgano de comunicación masiva de donde partió la ofensa.

26) Que en los autos "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", esta Corte por voto mayoritario reiteró el criterio expuesto en la sentencia dictada *in re: "Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros"*, C.752. XIX. y C.753. XIX. del 12 de marzo de 1987, según el cual "el derecho a rectificación o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno" y que toda restricción a la prensa "debía estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo" (*in re: "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Utraca S.A. y otros"*, Fallos: 311: 2553, considerandos 9º y 10º y sus citas). Si bien por las razones expuestas fundamentalmente en los anteriores considerandos 15 a 20, en su actual composición este Tribunal no comparte los precedentes citados, resulta útil señalar que aquéllos guardan sólo analogía formal con el presente. En efecto, en el primero de ellos, el actor trataba de obtener un espacio para replicar opiniones emitidas por el ex Presidente Dr. Arturo Frondizi. En cambio, en el *sub examine*, el recurrente en su carácter de católico militante, se sintió agraviado en lo profundo de su personalidad y de sus convicciones por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la Virgen María, por Dalmiro Sáenz, en la audiencia del demandado y remitió la carta que obra a fs. 61/67 solicitando su lectura en ejercicio del derecho de respuesta. No se trata pues de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvértils propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias.

27) Que la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva.

Por ello las sociedades que más se destacan en la protección del pluralismo religioso, no han dejado de atender a esta delicada cuestión, estableciendo regulaciones apropiadas a aquella finalidad. Así en el Código de la Televisión, de los Estados Unidos, en el capítulo referido a "Normas generales para los programas" punto 5 se expresó que "no están permitidos los ataques contra la religión y las creencias religiosas... El oficio de pastor, sacerdote o rabino no debe ser presentado de tal suerte que ridiculice o menoscabe su dignidad". También el Código de la Radio de la Asociación Nacional de Radiodifusoras señaló, en su capítulo referido a Religión y Programas Religiosos, punto 2 que "deben evitarse los ataques contra las confesiones religiosas". El Código de Autorregulación —Asociación Cinematográfica de Norteamérica— prevé que "se debe respetar y defender la dignidad y valores básicos de la vida humana". "La religión no debe ser degradada. Las palabras o símbolos que desprecien a grupos raciales, religiosos o nacionales no deben ser utilizados para instigar el fanatismo o el odio..." (confr. Rivers W. y Schramm W., "Responsabilidad y Comunicación de Masas", 1973).

En distintos ordenamientos jurídicos, por lo demás, se ha otorgado especial protección al sentimiento religioso "en su aspecto de valor, de un bien de tal importancia para ciertos sujetos que una lesión en el mismo puede comportar para el afectado una grave pérdida y aflicción" (confr. Vitale, Antonio, "Corso di Diritto Ecclesiastico", Milán, 1992, págs. 393 sigtes.).

"Nuestro ordenamiento —continúa el autor citado refiriéndose a la legislación italiana— considera tan importante a aquel bien, y tan graves ciertas lesiones que puede recibir de determinados comportamientos sociales, que interviene sobre estos comportamientos lesivos a través de sanciones drásticas y aflictivas, en cuanto directa o indirectamente inciden sobre la libertad personal, tal cual son las sanciones penales".

"El bien a proteger es identificado con el sentimiento religioso: el Título IV del Segundo Libro del Código Penal está dedicado a los delitos contra el sentimiento religioso... que es en sustancia, aquel sentimiento de intenso respeto y de veneración que cada fiel nutre por la doctrina, los símbolos y las personas de la propia religión, de manera que una ofensa a aquellos provoca en el fiel un profundo sufrimiento por el hecho de ver dañado un bien al que considera de gran valor, y que la Corte Constitucional considera como 'entre los bienes constitucionalmente relevantes' (Corte Cost. 8 de julio de 1975 n. 188, Giur. Cost. 1975., págs. 1508 sigtes.)".

Por otra parte, la House of Lords sostuvo una decisión de la Court of Appeals, que en el caso "R. v. Gay News". (1979) 1.QB 10 consideró delito de blasfemia a una publicación de contenido "desdeñoso, vituperante, grosero o ridiculizante en materias relativas a Dios, Jesucristo, la Biblia, o la Iglesia de Inglaterra...". Sin embargo se aclaró que "no es blasfemar hablar o publicar opiniones hostiles a la religión cristiana, o negar la existencia de Dios; si la publicación es expresada en un lenguaje decente y temperado. El test a ser aplicado se vincula a la manera en la cual la doctrina es sostenida y no a la sustancia de la doctrina en sí misma. Todo aquel que publique un documento blasfemo es culpable del delito de publicar un libelo blasfemo. Todo aquel que se expresa en un lenguaje blasfemo es culpable del delito de blasfemia" (Lord Denning, "Landmarks in the law", pág 298 y sigtes., esp. p. 304).

28) Que resta, por fin, formular algunas precisiones sobre la forma de ejercicio del derecho de respuesta. En tal sentido, se reitera que la importancia que los medios de comunicación social tienen en la sociedad contemporánea, y la situación estratégica que se reconoce a la prensa escrita dentro del sistema constitucional argentino, los obliga moral y materialmente a cumplir con responsabilidad sus funciones, para beneficio de los mismos y de la comunidad; y evitár, corregir y reparar los abusos y excesos que pudieren cometer. En particular, cuando la información afecta la reputación, la honra y el honor de las personas violando el derecho que todo hombre tiene a su intimidad, fama y estima, toda vez que no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios. Esto los obliga a tomar conciencia de que la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniarias ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas por tardías. "La cruda noción anglosajona de vindicar el honor '*by getting cash*' ha llegado a ser insatisfactoria para mucha gente decente. Esta quiere un proceso menos sórdido y más conveniente, que enfoque su atención en lo que más importa: los errores de las declaraciones de los demandados" (Chafee Jr., Zacharie, *Government and Mass Communications*, Chicago, The University of Chicago Press, 1947, I-145).

29) Que, asimismo, la respuesta o rectificación tutela bienes de naturaleza civil, no política ni electoral. La mayoría de las noticias contestables no son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa, que presupone la aclaración razonablemente inmediata y gratuita en el mismo medio que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado.

30) Que, en efecto, no cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el artículo 114 del Código Penal —que presupone la tramitación de todo un proceso judicial ordinario con amplitud de debate y prueba— con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Aquella disposición tiende a que se repare el honor en la misma forma, modo o semejanza que la conferida por el ofensor en los casos en que la ofensa hubiere sido propalada por la prensa. Es así que, en tal supuesto, la reparación deberá hacerse en el mismo periódico, en el mismo lugar y con los mismos caracteres que la noticia injuriosa. Más aún, si la sola publicación del escrito de re-

tractación fuera insuficiente para reparar el honor del ofendido, se ha considerado necesario que sea precedido por el comentario injurioso y que la declaración se refiera a él.

31) Que la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta, resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho que busca ser protegido judicialmente. En tal sentido, corresponde una vez más evocar que esta Corte estableció "que 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" ("Siri, Angel", Fallos: 239:459).

32) Que, por tal razón, y por su propia naturaleza, el espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguno debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial; ello, desde luego, en un contexto de razonabilidad y buena fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que lo tome jurídicamente indefendible y ponga en peligro el regular ejercicio del derecho de información, pilar básico de las instituciones republicanas (Fallos: 311:2553). En el caso, resulta suficiente con la lectura de la primera hoja de la carta del actor obrante a fs. 61.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Se condena al demandado, señor Gerardo Sofovich, a dar lectura únicamente a la primera hoja de la carta del actor obrante a fs. 61, en la primera de las audiencias que con ese nombre u otro similar actualmente conduzca el demandado (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas por su orden en razón de la complejidad de la causa. Agréguese la queja al principal y remítase. — *Ricardo Levene (h.)* (en disidencia). — *Mariano A. Cavagna Martínez*. — *Carlos S. Fayt*: — *Augusto César Belluscio* (en disidencia). — *Enrique S. Petracchi* (en disidencia). — *Rodolfo C. Barra*. — *Julio S. Nazareno*. — *Eduardo Moliné O'Connor* (en disidencia). — *Antonio Boggiano*.

Disidencia de los señores ministros doctores don Enrique Santiago Petracchi y don Eduardo Moliné O'Connor

Considerando:

1º) Que el actor promovió demanda contra Gerardo Sofovich y "Canal 2 de Televisión", con el objeto de que se los condenara a la lectura de una carta documento en el programa "La noche del sábado", que emitía el mencionado canal bajo la producción y dirección del señor Sofovich. Señaló que el 11 de junio de 1988 el señor Dalmiro Sáenz, en el aludido programa, "se expresó con una serie de frases agraviantes que el respeto y el buen gusto me impiden repetir, en relación a Nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre" (fs. 84/84 vta., de los autos principales). Destacó, además, que el 4 de julio de 1988 había remitido a los codemandados la citada carta documento, solicitando su lectura en "La noche del sábado". Al no obtener respuesta alguna de

aquellos, el actor dedujo la presente demanda. Fundó su petición en que lo dicho por Dalmiro Sáenz lesionaba profundamente su "sentimiento de católico y cristiano" y en el "derecho de réplica" que, a su entender, le asistía (fs. 84 vta.).

2º) Que Gerardo Sofovich contestó la demanda (fs. 102/106 vta.), de acuerdo a la nueva foliatura ordenada a fs. 180) y a fs. 108/114 hizo lo propio "Radiodifusora El Carmen S.A.", en su carácter de licenciataria de LS86 TV Canal 2 de La Plata, quienes pidieron el rechazo de aquélla.

El juez de primera instancia desestimó la demanda (fs. 181/183 vta.), decisión que fue confirmada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 200/202). Contra este último pronunciamiento el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 206/218), cuya denegación dio motivo a la presente queja.

3º) Que si bien es cierto que este recurso de hecho no cumple con el requisito de fundamentación autónoma, las particularidades del caso autorizan a prescindir de dicho recaudo.

La ley 23.774 ha introducido una importante modificación en el ámbito del recurso extraordinario. Tal es la reforma del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que está Corte posee en el orden de las instituciones que gobernan a la Nación, posibilitando que —de una manera realista— su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio (Fallos: 1: 340, del 17 de octubre de 1864).

La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional.

Ello, a su vez, tributa a la vertiente jurisprudencial según la cual el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte, la qué se satisface cabalmente cuando están en juego problemas de singular gravedad. Esto es así en razón de que el fallo del Tribunal es precisamente el fin de la jurisdicción eminentemente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en cuestiones entre particulares (Fallos: 248:61, considerando 4º; 248:189, considerando 3º).

Por su propósito y su índole, traducidos en su nombre, dicha apelación es un medio excepcional cuyo alcance debe delimitarse de un modo severo, para no desnaturalizar su función y convertirlo en una nueva instancia ordinaria

de todos los pleitos que se tramitan ante los tribunales del país (Fallos: 48:71; 97:285; 179:5, entre otros).

4º) Que, consecuentemente, más que una inteligencia pormenorizada de cada uno de los términos expresados en la norma (falta de agravio federal suficiente, cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia), debe rescatarse el carácter análogo de éstos y su convergencia en una misma finalidad: la de preservar a esta Corte a fin de que, "según su sana discreción", pueda centrar su tarea en los asuntos que pongan en juego su relevante función.

5º) Que el mencionado criterio se compadece, además, con el establecido en el derecho comparado respecto de tribunales de similares características y parejos problemas.

Así, luego de un detenido estudio e investigación sobre diversos altos tribunales del mundo, y al tratar la "corte suprema ideal", sostiene André Tunc que, para dichos órganos, la selección de los asuntos que examinarán atentamente y sobre los que pronunciarán una decisión motivada, parece imponerse necesariamente. "Si uno se esfuerza en despojarse de sus hábitos para observar objetivamente el problema de trabajo de esos tribunales, parece que resulta irresistiblemente llevado a la idea de selección. Al aceptar, dentro de un espíritu de dar —quizás— una mejor justicia, el examen de todos los casos que le son planteados, la Corte se impide a sí misma ejercer en buenas condiciones su misión que le incumbe en interés de todos —no de todos los litigantes, sino de todos los ciudadanos—" (*La Cour Judiciaire Suprême, une enquête comparative*, París, 1978, págs. 440 y 443).

6º) Que, en procura de tal finalidad, el rumbo trazado por el nuevo texto legal se vincula estrechamente, aunque con modalidades propias, con el que rige la competencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, tal como se desprende del Mensaje que acompañó al proyecto del Poder Ejecutivo, hoy ley 23.774. En efecto, allí se califica al citado art. 280 como una "innovación" que "se apoya en el Proyecto de Reformas a la ley Nº 48 elaborado por la Comisión creada por la resolución del Ministerio de Educación y Justicia Nº 772, del 9 de abril de 1984" (Mensaje Nº 771, párrafo penúltimo), el cual preveía un precepto análogo al ahora vigente, con el expreso señalamiento de que entrañaba "la innovación de mayor trascendencia", y que "sin duda" consistía "en la incorporación al derecho positivo argentino del '*writ of certiorari*' del derecho norteamericano" (Exposición de Motivos del Proyecto de Reformas, cit., VI, c. 2), conclusión, respecto de este instituto, que corroboran los debates parlamentarios.

Y, desde esta perspectiva, es apropiado recordar la Regla 17 dictada por ese Alto Tribunal sobre el *writ of certiorari*: la revisión por ese medio, "no es una obligación legal, sino materia del sano arbitrio judicial (*judicial discretion*), y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes..."

Con base en ello, ha sido expresado que esa Corte no se reúne para satisfacer un interés académico ni tampoco para el beneficio particular de los

litigantes. Razones especiales e importantes mueven a resolver un problema que va más allá de lo académico o episódico —*Justice Frankfurter, en Rice v. Sioux City Cemetery*, 349 U.S. 70, 74 (1954)—.

Es asimismo reveladora la reforma al *United States Code*, aprobada el 27 de junio de 1988, tendiente a conferir a la mencionada Suprema Corte un mayor grado de discrecionalidad en la selección de los litigios (*Public Law*, 100-352).

7º) Que, en esta tesitura, corresponde precisar que el art. 280 cit., no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación de los recursos que no superen sus estándares. Si, como ha quedado asentado, aquél constituye una herramienta de selección dirigida a que la Corte posea un marco adjetivo que le haga posible un acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional, deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales, a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desenvolverse.

Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales y federales por los eventuales "ápices procesales" que puedan obstaculizarlos (*Fallos*: 167:423; 182:293; 185:188; 188:286; 194:284; 197:426; 243:496; 247:601; 248:612 y 664; 250:699; 251:218; 253:344; 256:62, 94, 491 y 517; 257:132; 260:204; 261:36; 262:168; 264:415; 265:155; 266:81; 286:257; 295:95 y 296:747).

8º) Que, desde luego, fórmulas como las escogidas por el Congreso no son susceptibles de resumirse en definiciones exhaustivas que, por lo demás, son propias de la doctrina y ajenas a la función judicial.

Sin perjuicio de ello, es innegable que el Tribunal tiene hoy la grave autoridad de seleccionar por imperio de la ya citada norma, los asuntos que tratará sustancialmente. Ello deberá ser cumplido antes que con una ilimitada discrecionalidad, con arreglo a la "sana" discreción que la norma le impone y que la razonabilidad le exige, sin olvidar los arts. 14 y 15 de la ley 48, y 6º de la ley 4055, y las pautas o estándares del art. 280 cit.

9º) Que, por consiguiente, así como la Corte se encuentra habilitada para desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia, así también lo está para intervenir cuando de un modo claro aparezca dicha trascendencia aunque, como ocurre en el *sub lite*, el recaudo de fundamentación no se encuentre suficientemente cumplido.

10) Que lo trascendente del caso resulta manifiesto por hallarse en debate la interpretación de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, 'el Pacto' o 'la Convención'), en lo que atañe al derecho de réplica, rectificación o respuesta. De tal manera, la solución de este caso repercutirá, por un lado, en la comunidad nacional y, por el otro, en la

comunidad internacional puesto que se encuentra en juego el cumplimiento de buena fe de obligaciones internacionales asumidas por la Argentina.

11) Que estas circunstancias determinan la existencia de cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del Tribunal, pues ha sido cuestionada la inteligencia del artículo 33 de la Constitución Nacional y del artículo 14 del Pacto y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el apelante pretende fundar en esas normas (*Fallos*: 165:144; 189:375 y 216:395).

12) Que, en cuanto al fondo del asunto, la primera advertencia a formular es que excluida su consagración expresa por la Constitución, el derecho de réplica, rectificación o respuesta, tampoco se encuentra contenido entre los implícitos que reconoce el art. 33 de aquélla (confr. sentencias del 1 de diciembre de 1988, *in re S.454.XI*, "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro" y E.60.XXII, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo").

13) Que, en segundo término, cabe señalar que el Pacto de San José de Costa Rica integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31 de la Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984 (art. 74.2 de la Convención). Ello es así, independientemente del carácter operativo o programático de las normas que integran el Pacto.

Lo expuesto en el párrafo precedente modifica el criterio expresado por este Tribunal en los casos "Costa, Héctor Rubén c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", registrado en *Fallos*: 310:508, considerando 16, primera parte, "Eusebio, Felipe Enrique", publicado en *Fallos*: 310:1080, en particular la doctrina que surge de páginas 1087/1088 y en las sentencias *in re*: "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro", cit., considerando 7º y "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", cit., considerando 3º.

14) Que, en consecuencia, descartados los aspectos aludidos, debe ahora examinarse si la norma que prevé el derecho de rectificación o respuesta (art. 14 del Pacto) exhibe naturaleza operativa o programática.

La Corte considera que esta cuestión se esclarece si se la estudia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, una de las características de ese derecho establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie. El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Esta posición jurídica es compartida en Europa y América. Efectivamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha expresado en el caso *Austria vs. Italia* "que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea de Derechos Humanos) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de

las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes" (confr. *Application num. 788/60 European Yearbook of Human Rights — 1961*—, vol. 4, pág. 140; ver, en igual sentido, Cançado Trindade/Antônio Augusto, "A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas", Brasília, Revista de Informaciones Legislativas, Senado Federal, Ed. Técnicas, año 19, núm. 73, enero-marzo, 1982, pág. 262, segundo párrafo). Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que en los tratados sobre Derechos Humanos "no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención (sobre el Genocidio) es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones" (confr. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion* del 28 de mayo de 1951, I.C.J., pág. 12 *in fine*). De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que los tratados sobre Derechos Humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al vincularse mediante estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (confr. opinión consultiva —en adelante, 'OC'— núm. 2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —arts. 74 y 75—" serie A y B, núm. 2, del 24 de setiembre de 1982, párrafo 29 y, en similar sentido, OC-1/81, "Otros tratados, Objeto de la función consultiva de la Corte —art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—", serie A y B, núm. 1, párrafo 24). La particularidad de esos derechos y su indudable jerarquía, determinan que los Estados puedan ser objeto de reproche ante instancias internacionales de protección, aún por iniciativa de sus propios nacionales. A mayor abundamiento, es ilustrativo señalar que el carácter especial de los aludidos tratados, también ha sido reconocido por las Constituciones de Perú del 18 de julio de 1979 (art. 105) y de Guatemala del 31 de mayo de 1985 (art. 46).

15) Que, sentada la diferencia entre las dos categorías de tratados citados, corresponde señalar que es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que —se presume— pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, es importante advertir que la mencionada presunción cede cuando la norma bajo examen revista un carácter nítidamente programático

(ver, en similar sentido, Haba, Enrique P., "Tratado básico de Derechos Humanos", San José de Costa Rica, Ed. Juricentro, 1986, 1<sup>a</sup> edición, tomo I, pág. 458 *in fine*); carácter éste que, a título de ejemplo, tienen los derechos económicos, sociales y culturales, a cuyo desarrollo progresivo se comprometen los Estados, entre otras circunstancias, "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (art. 26 de la Convención).

16) Que, toda vez que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional sobre Derechos Humanos, le resulta aplicable la citada presunción de operatividad.

Cabe agregar a las razones enunciadas en tal sentido, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se sostuvo que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (confr. OC-7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta —arts. 14.1, 1.1 y 2—", del 29 de agosto de 1986, serie A, número 7, párrafo 24; OC-2/82, cit., párrafo 33; y, con similar alcance, ver el Preámbulo del Pacto, 2º párrafo).

17) Que el aludido marco conceptual es útil para esclarecer el interrogante planteado en el considerando 14 sobre la modalidad con la que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento el derecho previsto en el art. 14 del Pacto.

En efecto, esta Corte entiende que la norma que regula el derecho de rectificación o respuesta es operativa puesto que a la presunción en tal sentido debe sumarse una serie de fundamentos. Por un lado el art. 14 del Pacto es una norma de la cual es posible derivar en forma directa el mencionado derecho, ya que sus perfiles centrales se encuentran lúpidamente establecidos (confr. *infra* considerando 19).

Por otro lado, de una interpretación gramatical del texto del art. 14.1 también se arriba a la conclusión de que esta norma es operativa. Efectivamente, el art. 14.1 expresa "Toda persona (...) tiene derecho a (...)", y posteriormente, se señala "(...) en las condiciones que establezca la ley".

De la primera parte transcripta, se observa que el tiempo verbal elegido es presente indicativo —"tiene derecho"— y no futuro imperfecto —"tendrá derecho"—. Ello es un indicio de que su "ser (...) no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes" (confr. OC-7/86, cit., opinión separada del juez Gros Espiell, párrafo 6, segunda parte).

En cuanto a la segunda parte transcripta —"(...) en las condiciones que establezca la ley"—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que tal expresión comprende a "(...) todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho" de rectificación o respuesta (OG-7/86, cit., opinión vertida en el punto C; el destacado no es del original). Asimismo sostuvo que "la tesis de que la frase 'en las condiciones que establezca la ley' utilizada en el art. 14.1 solamente facultaría a los Estados Parte a crear por ley el dere-

cho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el 'sentido corriente' de los términos empleados ni con el 'contexto' de la Convención" (OC-7/86, cit., párrafo 23).

En consecuencia, la expresión "ley" es utilizada en sentido amplio y tiene por finalidad establecer las condiciones de menor entidad relacionadas con el ejercicio del derecho en cuestión. Ello se debe a que los requisitos de mayor entidad, se encuentran ya previstos en el art. 14 del Pacto (confr. *infra* considerando 19).

18) Que esta Corte no ignora los argumentos —algunos, muy atendibles— en sustento de la programática de la norma que establece el derecho de réplica. Sin embargo, dicha posición es ya insostenible. Se ha tornado injusta. Efectivamente, si, por hipótesis se afirmara que el art. 14 del Pacto es programático y que sólo el Congreso Nacional puede reglamentarlo, parece evidente que dicha reglamentación debe ser hecha en un plazo razonable, pues de lo contrario no se habría incorporado a nuestro ordenamiento un derecho, sino su perdurable sombra.

Desde este enfoque, no es dudoso sostener que el aludido plazo razonable ha sido largamente excedido, pues desde que el Pacto integra el ordenamiento jurídico han transcurrido más de siete años sin que el Congreso Nacional haya reglamentado el derecho de réplica.

Al examinar el problema desde esta perspectiva, el Tribunal entiende que corresponde aplicar el citado derecho, siempre que concurren los precisos requisitos previstos en el art. 14 del Pacto. Ello se funda en las razones aludidas y en que esta Corte, como poder del estado —en su rol de supremo custodio de los derechos individuales—, no puede permanecer inmóvil ante la demora del Congreso Nacional en otorgar eficacia a un derecho internacionalmente exigible, contenido en un tratado sobre Derechos Humanos (confr. doctrina de la resolución de la Sala I del Tribunal Federal de Constitucionalidad de la República Federal de Alemania —I BvR 26/66—, del 29 de enero de 1969, registrada en *BVerfGE*, tomo 25, entrega 2º, págs. 167 y siguientes. Ver, así mismo, Zeidler, Wolfgang, "Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande", publicada en el *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, en especial, págs. 44 y siguientes, *Presses Universitaires d'Aix - Marseille*, 1989).

19) Que, como ya fuera indicado, es posible derivar en forma directa del art. 14 del Pacto el derecho de rectificación o respuesta, puesto que se trata de una norma que establece con nitidez sus perfiles principales. En efecto, el art. 14.1 dispone que "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tienen derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

Al interpretar de buena fe el texto transcripto, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Pacto en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (confr. art. 31.1 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados), parece evidente que este derecho procede frente a informaciones inexactas o agraviantes que, además, causen un perjuicio actual y concreto a la persona aludida.

De lo expuesto se desprende que el tipo de información que da origen al derecho de rectificación o respuesta es aquel que se refiere directamente al presunto afectado o, al menos, lo alude de modo tal que resulte fácil su individualización. El fundamento de esta posición reside en que si —por vía de hipótesis— se reconociera este derecho sin el mencionado requisito de individualización, se abriría la posibilidad de infinitos cuestionamientos a expresiones ideológicas o conceptuales que, en definitiva, afectarían a la libertad de prensa. Libertad cuyo especial resguardo ha asumido la Corte al grado tal de efectuar cuidadosas precisiones —entre ellas— la establecida en el caso Costa, cit., considerando 12.

Con base en todo lo dicho, los precisos términos del Pacto en modo alguno sustentan la posición del recurrente. Ello es así en razón de que éste en ningún momento fue aludido en el programa "La noche del sábado", de modo tal que pudiera ser individualizado por los telespectadores (confr. *infra* considerando 24).

20) Que, asimismo, cabe puntualizar que el apelante no ha comprendido lo que es el derecho de réplica, pues le asigna un alcance que no encuentra apoyo, ni en la Convención (como se ha visto), ni en el derecho comparado ni en las Constituciones de varios estados provinciales (confr. *infra* considerandos 21, 22 y 23). Efectivamente, su institución no ha tenido el propósito de crear un foro al que pueda abordar todo aquello que crea ver atacados valores, figuras o convicciones a los que adhiera. Aunque sea muy comprensible el disgusto (o aun la conmoción) que tales ataques —a veces desaprensivos— puedan producir, lo cierto es que lo que este derecho procura instituir es un modo de proteger ámbitos concernientes al honor, identidad e intimidad de personas que han sido aludidas en algún medio de comunicación, permitiéndoles acceder gratuitamente a ellos para dar su propia versión de los hechos.

21) Que, sin que ello implique agotar el tema, pueden reséñarse algunos casos de regulaciones de la mencionada naturaleza. Así, por ejemplo, el *droit de réponse* consagrado por el artículo 13 de la ley francesa del 29 de julio de 1881, permite a toda persona, nombrada o designada en un periódico, reclamar al responsable de éste, la inserción de su respuesta (gratuita, en ciertas condiciones), en el mismo lugar y caracteres que tenía el artículo que la provocó (Barbier, Georges, "Code expliqué de la presse", París, 1887, tomo I, págs. 117 y sigtes.). Es considerado como uno de los modos de protección de las personas contra la alteración pública de su personalidad. Si bien es cierto que también se lo otorga a los herederos, esposos o legatarios universales de quien ha fallecido, lo es a condición de que este último haya sido difamado o injuriado, no resultando suficiente que sólo se lo haya cuestionado. El legislador no ha querido tratar la libertad del historiador por la amenaza del derecho de respuesta (confr. Kayser, Pierre, "La protection de la vie privée", París, 1984, tomo I, pág. 85). Las personas morales pueden invocar este dere-

cho, pero a condición de haber sido nombradas o designadas. No sería suficiente que sea designada una categoría de personas entre las cuales una asociación reúna sus miembros (Pinto, Roger, "La liberté d'opinion et d'information", París, 1955, pág. 167).

El derecho de respuesta, en la radio y en la televisión, ha sido reglado en Francia tratando de adaptarlo a un público que se cuenta por millones, en tanto que el de la prensa lo es por millares (Debbasch, Charles, "Les émissions de radiodiffusion et les droits des tiers: à propos de l'obligation de conservation des émissions", citado por Kayser, Pierre, op. cit., pág. 86). En el ámbito de la comunicación audiovisual, el *droit de réponse* sólo existe cuando han mediado imputaciones susceptibles de lesionar el honor o la reputación de una persona (concepto más restringido que la *mise en cause* de la ley de prensa). Si muere la persona difamada, el derecho sólo puede ser ejercido por sus herederos en línea directa o por su cónyuge (confr. Kayser, Pierre, op. cit., págs. 86/89).

En Alemania el derecho a la contra-exposición (*Gegenansstellung*) también es interpretado como un modo de protección de la persona, una manera de garantizar el "*Audiatur et altera pars*" (Weithauer, H., "Problèmes de droit civil relatifs à la protection de la personnalité", cit. en Kayser, Pierre, op. cit., pág. 85). La República Federal de Alemania había reglado el punto en el tratado interestatal que creó el segundo canal de televisión: cabe señalar que la obligación de difundir la respuesta del afectado por una emisión, existe sólo en tanto aquél tenga un "interés legítimo" (Debbasch, Charles, "Le droit de la radio et de la télévision", pág. 103). Es oportuno subrayar que el tema del "interés legítimo" también aparece en la Resolución 74-26 por la cual el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda la adopción de reglas mínimas relativas al derecho de respuesta. Esas reglas apuntan a proteger al individuo contra las injerencias en su vida privada y los atentados a su dignidad, honor o reputación y, desde esa óptica, autorizan a las leyes nacionales a permitir que los medios de comunicación podrán negarse a publicar la respuesta en seis supuestos, el último de los cuales es, justamente, el caso en el que el individuo aludido no justifique la existencia de un "interés legítimo" (Pinto, Roger, "La liberté d'information et d'opinion en droit international", París, 1984, pág. 183). La resolución mencionada es "On the right of reply - Position of the individual in relation to the press", 1974, registrada en European Convention on Human Rights, Volumen II, 1982).

Italia legisló sobre las *risposte e rettifiche* en el artículo 8º de la ley 47 sobre *stampà* (8 de febrero de 1948), texto sustituido por el artículo 42 de la ley 416 (5 de agosto de 1981). Según dicha norma, el director o responsable está obligado a insertar gratuitamente en el periódico las declaraciones o las rectificaciones de los sujetos de los cuales se hubieran publicado imágenes o atribuidos actos o pensamientos o afirmaciones que ellos estiman lesivos a su dignidad o contrarios a la verdad, aunque las declaraciones o las rectificaciones no tengan contenido susceptible de incriminación penal.

La ley española N° 841 (27 de marzo de 1984), acuerda a toda persona "el derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comu-

nicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio" (art. 1º).

En la U.R.S.S. se contemplaba que el ciudadano o la organización perjudicados pudieran reclamar "la refutación de las versiones que denigren su honor o dignidad, si quien difundió tales versiones no demuestra que ellas corresponden a la realidad". La parte responsable tiene la obligación de desmentir las versiones agraviantes. "Si éstas hubieran sido difundidas a través de la prensa, también por intermedio de la misma, siempre que no correspondan a la realidad, deben ser refutadas" (Gribanov, Kórnéev y otros, en "Derecho Civil Soviético", La Habana, 1987, tomo I, págs. 145/147).

22) Que, en nuestro continente, la Constitución peruana de 1979 dispone en su art. 2º, apartado 5º: "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley".

La ley brasileña N° 5250 (9 de febrero de 1967) establecía en su artículo 29 el derecho de respuesta para toda persona acusada u ofendida por publicaciones periodísticas o transmisiones radiofónicas o respecto de la cual los medios de información o divulgación difundieran hechos no verídicos o erróneos. A su vez, en el año 1964, se sancionó en Chile la ley 15.476, que sustituyó el artículo 8º del decreto-ley 425/25, por el siguiente: "Todo diario, revista, escrito periódico o radiodifusora o televisora, está obligado a insertar o difundir gratuitamente las aclaraciones o rectificaciones que les sean dirigidas por cualquier persona material o jurídica ofendida o infundadamente aludida por alguna información publicada, radiodifundida o televisada..."

Por fin, la República Oriental del Uruguay regló el tema en el decreto-ley 15.672 (año 1984), cuyo artículo 7º otorgaba a "toda persona física o jurídica, de derecho público o privado" el "derecho de responder a una publicación o cualesquier otros medios de comunicación pública, que la haya aludido o mencionado". Posteriormente, la ley 16.099 derogó el mencionado decreto-ley e instituyó un nuevo régimen. El artículo 7º de la actual ley dispone: "Toda persona física o jurídica de derecho público o privado puede ejercer ante el Juzgado competente el derecho de responder a una publicación o cualesquier otros medios de comunicación pública que la haya afectado por informaciones inexactas o agraviadoras...". Es interesante destacar que el informe de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, que elevó a la Cámara de Representantes el proyecto de ley, manifestó: "El nuevo texto del artículo 7º ajusta la normativa actualmente vigente en materia de derecho de respuesta en una forma que a todos los integrantes de la Comisión nos ha parecido sumamente positiva. En efecto, mientras la normativa vigente establece que la sola mención o referencia a una persona genera un derecho a que se publique una respuesta en un medio de prensa, en el nuevo texto que ahora se pone a consideración de la Cámara se establece que solamente se generará el derecho de respuesta cuando la mención a una persona se haga en perjuicio de la misma o a través de la mención de hechos falsos. Quiere decir que, sin eliminarse el derecho de respuesta, éste se ha

restringido" (Preza Restuccia, Dardo, "Comentarios a la nueva ley de prensa", República Oriental del Uruguay, Ed. Universidad, 1990, pág. 118).

23) Que las normas que en varias provincias regulan el tema —sin que esto importe abrir juicio sobre la competencia con que han sido dictadas— traslucen un enfoque que no difiere sustancialmente del que resulta de comprender la legislación extranjera. Así, por ejemplo, otorgan la acción cuando una persona fuere afectada en su reputación, las constituciones de 1986 de Santiago del Estero (art. 20), de 1957 de Neuquén (art. 22), de 1960 de La Pampa (art. 8); de 1991 de Formosa (art. 12), de 1957 de Chubut (art. 15) y de 1987 de San Luis (art. 21). La Constitución de 1986 de Jujuy la consagra cuando exista afección en la intimidad, honra y dignidad, por informaciones "inexactas o agraviantes" (art. 23, apartado 4º). Este tipo de informaciones da lugar a la rectificación o respuesta cuando cause perjuicio al afectado, según las constituciones de 1986 de Salta (art. 23), del mismo año de San Juan (art. 25) y de 1991 de la nueva provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 47). En parecidos términos se pronuncia la Constitución de 1988 de Río Negro (art. 27).

La ley 302 de Santa Cruz (año 1961) menciona a la persona "señalada o notoriamente aludida con un hecho difamatorio, injurioso u ofensivo" (art. 1º).

24) Que lo reseñado resulta suficiente para concluir que también en el derecho comparado y en las legislaciones provinciales examinadas, por regla se exige —como requisito mínimo— que éstas contengan la alusión o mención a una persona que, justamente por ello, es facultada a "responder" o "rectificar".

Resulta, entonces, imprescindible que la persona esté directamente aludida en la noticia, que, de ese modo, pone en cuestión la mismitud intransferible de aquélla. Se advierte fácilmente que esto hace al meollo del remedio que se otorga, al que se sacaría de su quicio si se permitiera su utilización para refutar ataques genéricos a creencias o a valores, con el único requisito de que alguien adhiriera a ellos.

No valdría alegar que, al atacarlos, se afecta profundamente a la persona adherente. Esta afirmación sólo es verdadera si se limita a traducir los explicable sentimientos que invaden al hombre cuando se impugna lo que ama, pero no lo habilita a considerar lesionado el núcleo de su personalidad toda vez que, genérica e indeterminadamente, se embiste contra las convicciones que profesa. En todo puede el ser humano depositar sus afectos. Nada hay —en ese sentido— que le sea ajeno. Pero esa constatación no puede justificar la artificiosa utilización de un instrumento al que diversos ordenamientos conciben como un remedio singular para situaciones bien determinadas, en las que lo específico de cada individualidad resulta comprometido. Por consiguiente, si lo estricta y directamente personal no ha sido puesto en juego, el interesado deberá obtener satisfacción por otros medios.

En el *sub lite* el actor expresa que se ha sentido dolido como consecuencia de expresiones vertidas en un programa de televisión que habrían sido

sido, en cambio, el recurrente: éste no alega que se lo haya mencionado o aludido en el mencionado programa. En consecuencia, es palmaria la ausencia de legitimación del actor para ejercer el derecho de rectificación o respuesta en el presente caso.

Resultan aplicable, *mutatis mutandis*, las afirmaciones del Tribunal Supremo de España en la causa en la cual una superviviente de un campo de concentración reclamó daños y perjuicios contra un ex-oficial nazi, a raíz de las manifestaciones realizadas por éste en la revista "Tiempo" y en la Televisión Española. El tribunal negó legitimación a la demandante "aun comprendiendo el impacto moral, la indignación e incluso irritación que hayan podido producir a quienes como la actora padeció personalmente los desatinos de una época como a la que se refiere la demanda". En efecto, el demandado se había pronunciado "sobre unos hechos que hoy son historia", en ejercicio del "derecho fundamental a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones que consagra el art. 20.1, a) de la Constitución", por lo cual sus manifestaciones "desafortunadas como se ha dicho mas no ofensivas para el honor de ninguna persona" no podían dar origen a condena alguna (STS 5 de diciembre de 1989 en "Anuario de Derecho Civil", Ed. Centro de Publicaciones, Madrid, tomo XLIII, Fascículo IV, año 1990, pág. 1337).

25) Que el olvido de los señalados principios en materia de legitimación para rectificar o responder, se traducirá en una inevitable mengua de la libertad de expresión que tutela la Constitución Nacional. En efecto, si se admitiese que cualquiera pueda exigir el acceso gratuito a los medios de comunicación con el único propósito de refutar los hipotéticos agravios inferidos a las figuras a las que adhiere o a las opiniones que sustenta, es razonable prever que innumerables replicadores, más o menos autorizados, se sentirán llamados a dar su versión sobre un sinfín de aspectos del caudal informativo que —en un sentido psicológico, mas no jurídico— los *affectarán*.

Un periódico o una emisora no son una plaza pública en donde cualquiera puede levantar su tribuna. Lo decisivo es qué los responsables de los medios de difusión son los que determinan el contenido de las informaciones, noticias o programas que publican o emiten. A este principio sólo hacen excepción motivos de orden público o institutos como el derecho de rectificación o respuesta, este último con los alcances que se han expuesto *supra*.

Por el contrario, si se obligara a los medios a costear toda opinión adversa a lo que han difundido, se llegaría rápidamente al absurdo de que sólo sería posible expresarse libremente a través de aquéllos, a condición de poder financiar igual posibilidad a todos los eventuales contradictores. Parece innecesario abundar en la sinrazón de la postura. Impracticable económicamente e incoherente del punto de vista lógico, tal pretensión importaría un claro menoscabo al derecho de libre expresión. La realidad desmentiría a la utopía: no habría muchas voces, habría silencio.

26) Que lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para resolver el *sub extra*mine y hace innecesario abordar los restantes temas propuestos por el apelante en su recurso.

Asimismo, toda vez que no se encuentra en cuestión un conflicto entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y una ley nacional (por hipótesis, contraria a aquélla), tampoco es necesario abordar el punto relativo a cuál de los dos ordenamientos prima sobre el otro.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — Enrique S. Petracchi. — Eduardo Moliné O'Connor.

Disidencia del señor presidente doctor Ricardo Levene (h.)

Considerando:

1º) Que la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la demanda interpuesta por Miguel Ángel Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich y Canal 2 de Televisión, respecto del cual posteriormente desistió. Contra ese pronunciamiento el actor dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que el demandante solicitó que se condenara a los codemandados a la lectura de una carta documento en el programa "La noche del sábado" que emitía el mencionado canal bajo la producción y dirección del señor Sofovich. Señaló que el 11 de junio de 1988 el señor Dalmiro Sáenz, en el aludido programa, "se expresó con una serie de frases agraviantes que el respeto y el buen gusto me impiden repetir, con relación a Nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre" (fs. 84/84 vta. de los autos principales). Destacó, además, que el 4 de julio de 1988 remitió a los codemandados la citada carta documento, solicitando su lectura en "La noche del sábado" y al no obtener respuesta de aquéllos, dedujo la presente demanda. Fundó su pretensión en que lo dicho por Dalmiro Sáenz demostraba su intención de agraviar los sentimientos de quienes —como el presentante— pertenecían a la Iglesia Católica e incluso a los de los cristianos no católicos (fs. 84 vta.) y en el derecho a réplica que, a su entender, le asistía; a lo que agregó que sintió profundamente lesionado su "sentimiento de católico y cristiano".

3º) Que el *a quo*, al confirmar el fallo dictado en la instancia anterior que rechazó la demanda, consideró que el derecho a réplica no puede considerarse comprendido entre los derechos implícitos consagrados en el art. 33 de la Constitución Nacional. Asimismo, estimó que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica carece de operatividad por no haber sido reglamentado por ley del Congreso, con cita del precedente de este Tribunal recasado en los autos E.60.XXII., "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros", con fecha 1 de diciembre de 1988. Por último, sostuvo que el actor no está legitimado para intentar la acción iniciada pues, como él mismo lo advirtió, no poseía un derecho subjetivo a la respuesta y sólo tenía un interés de carácter difuso; lo cual era insuficiente para obrar como lo hizo, ya que de acuerdo con la naturaleza del derecho de respuesta o rectificación, de carácter perso-

nalísimo, éste involucra en su titularidad a un determinado sujeto persona física y excluye a los intereses de carácter difuso o colectivo.

4º) Que en estos autos existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del Tribunal, pues ha sido cuestionada la inteligencia del art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054, y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el apelante pretende fundar en esas normas (Fallos: 256:424; 257:99 y 127; entre otros).

5º) Que esta Corte en su actual integración mantiene el criterio sostenido en sus sentencias del 1 de diciembre de 1988, *in re: S.454.XXI.*, "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro" y *E.60.XXII.*, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", según el cual el derecho a réplica, rectificación o respuesta, no se encuentra comprendido entre los implícitos que reconoce el art. 33 de la Constitución Nacional, a cuyos fundamentos sobre el punto cabe remitirse por razones de brevedad.

6º) Que la ley 23.054 dispuso en su art. 1º "Apruébase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la presente ley", con lo cual incorporó al derecho positivo de nuestro país el texto íntegro de la Convención, que había sido firmada sin reservas por el Estado Argentino (art. 31 de la Constitución Nacional), y que cobró vigencia en nuestro medio a partir del depósito del instrumento de ratificación efectuado el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2 del Pacto).

7º) Que aceptada la vigencia del citado Tratado en nuestro ordenamiento jurídico se hace necesario analizar si el derecho de rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1 de aquél, se encuentra en condiciones de ser tutelado por esta Corte pese a la ausencia de reglamentación legislativa, para lo cual han de tenerse en cuenta los distintos elementos de juicio que, valorados armónicamente en su conjunto, permitan llegar a una solución justa y compatible con la naturaleza del derecho invocado.

8º) Que, en ese sentido, corresponde destacar que la primera de las pautas a tener en cuenta es si la norma en cuestión contiene una descripción suficientemente concreta de los supuestos de hecho en ella contemplados, como para que este Tribunal pueda reconocer, dentro de límites precisos, el derecho en que el demandante ha fundado su pretensión.

Al respecto cabe señalar que la redacción del art. 14.1 es clara y sencilla, en cuanto otorga a quienes se encuentren en las situaciones allí previstas, el derecho de rectificación o respuesta, aunque sujetándolo a la ley que establezca la reglamentación. En efecto, la norma aludida expresa "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión, legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta, en las condiciones que establezca la ley".

No hay duda pues que tanto el tiempo verbal utilizado por la cláusula del tratado, hoy convertido en ley de la Nación, así como la descripción de las prerrogativas concedidas a las personas que allí se indican, importan una determinación del derecho reconocido en forma suficientemente definida.

9º) Que dicha conclusión se concilia con lo establecido en el Preámbulo de la Convención, en cuanto allí se afirma "su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado, en el respeto de los derechos esenciales del hombre", reconociéndose que éstos "no nacen del hecho de ser nacional de un determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", postulados éstos que han sido aceptados por el legislador al incorporar el texto completo de la convención al derecho nacional, como surge del debate parlamentario de la ley.

Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana constituye un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción y que dichos instrumentos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. (Pedro Nikken, "La protección internacional de los derechos humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, págs. 91/92).

Así cabe concluir, que el carácter del derecho de réplica, rectificación o respuesta, como derecho esencial de la persona, tendiente a proteger su honra y dignidad, le confiere a éste una naturaleza distinta de otros derechos de índole económica o social que hacen necesaria una tutela más intensa y una interpretación siempre favorable a su existencia.

10) Que, asimismo, la citada Corte, entre cuyas funciones se encuentra la interpretación del Pacto, ante una consulta que se le hiciera acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en qué el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (Opinión Consultivo OC 7/86,

exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1. t 1.2), serie A, N° 7, pág. 13, párrafo 14). Asimismo, llegó a la conclusión de que el art. 14.1 "reconoce un derecho exigible internacionalmente" (Ibidem, p. 19, letra A) y que la frase "en las condiciones que establece la ley" se refiere a cuestiones tales como "si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc." (Ibidem, p. 14, párrafo 27), pero que "el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme con el art. 1.1".

11) Que de todo lo expuesto se desprende que el derecho de réplica, rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, como parte integrante de la ley 23.054 que la incorporó al ordenamiento jurídico vigente de nuestro país, constituye un derecho suficientemente definido como para merecer la tutela de este Tribunal a quien la Constitución ha constituido en custodio final de ese ordenamiento. A ello cabe agregar que por la esencia de derecho inherente a la persona que el propio legislador le ha otorgado al ratificar en su totalidad el Pacto y por los antecedentes jurisprudenciales de los organismos internacionales antes transcriptos, que refuerzan la convicción de este Tribunal acerca de su vigencia, no cabe otra solución que reconocer y amparar el citado derecho, aun a falta de reglamentación legal sobre aspectos vinculados a su ejercicio, pues como ya lo decía Von Ihering "el verdadero valor del derecho descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho".

12) Que para lograr la vigencia efectiva de ese derecho reconocido, única solución valiosa que resulta compatible con el bien común cuya realización concierne al órgano judicial como integrante del Estado, éste Tribunal se ve en la obligación de ejercer su competencia implícita que emanó de la Constitución Nacional, mediante la cual no sólo se le ha conferido la facultad de reconocer la existencia de los derechos fundamentales del hombre sino que también se le ha otorgado la prerrogativa de, actuando con suma prudencia, establecer los medios por los cuales aquéllos han de cobrar efectiva vigencia.

13) Que ya en el precedente de Fallos: 239:459, esta Corte sostuvo que la sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la regule: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias... A lo que agregó recordando palabras de Joaquín V. González: "no son, como puede creerse, las 'declaraciones, derechos y garantías' simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambi-

güedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" (Manual de la Constitución Argentina, en Obras Completas, vol. III, Buenos Aires, 1935, N° 82; confr., además, N° 89 y 90).

14) Que a su vez en el recordado caso "Kor" (Fallos: 241:291) se sostuvo que nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad... Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos".

15) Que si bien en los casos citados se trató de reconocer una garantía a los efectos de tutelar de manera efectiva derechos reconocidos en la Constitución Nacional, tal doctrina resulta aplicable al *sub lite* porque aquí, como en esos precedentes estaban en juego derechos humanos provenientes de la propia naturaleza de la persona y el Poder Judicial como órgano máximo de protección de esos derechos posee la ineludible misión de tutelarlos en forma concreta y efectiva, supliendo si fueré necesario la omisión legislativa reglamentaria.

Y ello es así pues el control del órgano jurisdiccional no sólo atiende a la protección de los derechos individuales sino al proceso jurídico político en sí, que forma parte integrante del bien jurídico tutelado por dicho control. Los ideales básicos de la Constitución son la libertad y la dignidad del hombre y el sistema democrático el mejor medio para hacer efectivos esos principios, propósito este último reafirmado en el primer apartado del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagró como derecho personalísimo el derecho a réplica, rectificación o respuesta.

No puede la acción u omisión de los restantes órganos del Estado impedir que el judicial cumpla con el mandato impuesto por la propia Constitución, pues los jueces como realizadores de la justicia poseen a su alcance las prerrogativas y facultades necesarias para que la totalidad del ordenamiento jurídico vidente sea de efectiva realización evitando la existencia nominal de derechos impedidos de concreción.

16) Que a partir de que se ha reconocido la posibilidad de que el demandante apoyara su pretensión en el derecho de réplica, respuesta o rectificación del contenido en el art. 14.1 del Pacto, resta analizar si, además se encontraba legitimado para ello, lo cual requería necesariamente el estudio previo de la vigencia de la norma invocada.

17) Que, en principio, en la medida en que el reconocimiento del derecho de réplica, rectificación o respuesta, puede llegar a colisionar con el ejercicio de la libertad de prensa, toda interpretación que del art. 14.1 del Pacto se efectúe ha de serlo con carácter restrictivo. Y ello es así porque los artículos 14 y 32 de nuestro texto constitucional, así como la Enmienda I de la Constitu-

tución de los Estados Unidos, han jerarquizado la libertad de prensa otorgándole el carácter de derecho preferido, que además de su condición de derecho individual ampliamente protegido por las garantías constitucionales que genéricamente amparan a todos los derechos de ese carácter, le confiere el empinado rango inherente a una "libertad institucional" que hace a la esencia del sistema representativo y republicano.

18) Que en ese sentido esta Corte ha dicho en Fallos: 248:291 que "...entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (considerando 25). Por otra parte, el Tribunal ha sostenido que la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa y que, por tanto, la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales (Fallos: 257:313, considerandos 8º y 10).

19) Que sobre la base de ese criterio restrictivo, impuesto por nuestra Carta Magna, cabe señalar que el art. 14.1 de la Convención, cuando establece "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio... tiene derecho a efectuar... su rectificación o respuesta...", ha fijado los límites del ejercicio de ese derecho mediante la enumeración de dos condiciones indispensables: a) la afectación debe provenir de informaciones inexactas o agraviantes, y b) esa afectación debe causar al afectado un perjuicio.

20) Que de acuerdo a los antecedentes obrantes en autos y que fueran expuestos en el considerando 2º de la presente, en el caso no se han vertido informaciones sino expresiones que más allá de la intencionalidad con que las mismas fueron expuestas en modo alguno pueden caracterizarse como informaciones y, menos aún, respecto del recurrente, quien ni siquiera fue aludido durante la emisión del citado programa.

21) Que, por lo demás, en la medida en que el instituto del derecho de réplica o rectificación ha sido concebido como un medio para la protección del honor, la dignidad y la intimidad de las personas, el perjuicio que autorice a demandar con fundamento en él, debe provenir de un ataque directo a esos derechos personalísimos, sin que las aflicciones o sentimientos que produzcan las expresiones ideológicas, políticas o religiosas vertidas públicamente, puedan considerarse como tales cuando no están dirigidas a una persona determinada sino contra el patrimonio común de un grupo que, por más respectable que sea, escapa a la tutela del derecho de respuesta.

22) Que a la luz de lo expuesto ha de concluirse en la falta de legitimación del actor para interponer la presente demanda, pues extender el derecho de

réplica al campo de las opiniones, críticas o ideas, importaría una interpretación extensiva del mismo que lo haría jurídicamente indefinible y colisionaria con los principios sobre libertad de prensa consagrados en nuestra Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza y complejidad del tema debatido. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. — *Ricardo Levene (h.)*

#### Disidencia del señor ministro doctor don Augusto César Belluscio

Considerando:

1º) Que el actor promovió demanda contra Gerardo Sofovich y "Canal 2 de Televisión", en la cual solicitó que se los condenara a leer—en el programa "La Noche del Sábado" que emitía el mencionado canal y dirigía el otro codemandado—la carta documento que acompañó. A tal efecto, señaló que el 11 de junio de 1988 el señor Dalmiro Sáenz, durante el programa dirigido por Sofovich, se había expresado con una serie de frases agraviantes "en relación a Nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre" (fs. 84/84 vta. de los autos principales). Días después, el 4 de julio de 1988, el reclamante remitió a los codemandados la aludida carta documento, solicitando su lectura en el programa citado. Fundó su petición en que las expresiones de Sáenz "agraviaban profundamente" sus "sentimientos de católico y cristiano" y en el derecho de réplica que, a su entender, le asistía (fs. 84 vta.). Al no haber sido leída la misiva ni tener noticia alguna de los codemandados, el actor dedujo la presente demanda.

2º) Que Gerardo Sofovich contestó la demanda a fs. 102/106 de acuerdo a la nueva foliatura ordenada a fs. 180 y a fs. 108/114 lo hizo Radiodifusora El Carmen S.A., en su carácter de licenciataria de LS86 TV Canal 2 de La Plata, quienes pidieron su rechazo. El juez de primera instancia desestimó la demanda (fs. 181/183 vta.), decisión que fue confirmada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 200/202). Contra ese último pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 206/218), cuya denegación dio motivo a la presente queja.

3º) Que existe en autos cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria, pues se ha cuestionado la inteligencia del art. 33 de la Constitución Nacional y del artículo 14 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el apelante pretende fundar en esas normas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

4º) Que en las causas S.454.XXI, "Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro" y E.60.XXII, "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo", del 1 de diciembre de 1988, cuyos fundamentos

comparte esta Corte en su actual composición, se ha dejado establecido que el derecho de réplica, rectificación o respuesta no tiene consagración expresa en la Constitución ni se encuentra entre los implícitos que reconoce su art. 33.

5º) Que, descartado que el mencionado derecho pueda ser considerado como una de las garantías comprendidas en el art. 33 de la Constitución, no puede encontrarse operatividad directa en el marco de la citada convención—que integra el derecho argentino—pues ella lo remite a "las condiciones que establezca la ley (art. 14.1), de manera que mientras tal ley no sea dictada no podrá adquirir operatividad. En tanto ello no ocurra,—cuestión ésta de política legislativa, ajena a los órganos jurisdiccionales—, rige el principio de reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda" (voto del juez Belluscio en la causa: E.60 citada; considerando 4º).

6º) Que, por otra parte, en el caso lo que se pretendía va mucho más allá que el derecho reconocido por la Convención Internacional. En efecto, suya mencionado art. 14.1 reconoce el derecho de rectificación o respuesta a "toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio", y es evidente que no es tal el caso de autos, pues el actor no ha sido aludido, agraviado ni directamente afectado por las expresiones impugnadas, requisito de aplicación del derecho invocado que no sólo resulta del Pacto sino que también ha sido establecido en las constituciones provinciales argentinas que regulan la institución. La circunstancia de que todo cristiano haya podido sentirse molesto o agraviado por expresiones hirientes para los valores que alienta su fe religiosa no significa que pueda abrirse una acción ejercitable indistintamente por cualquier persona que profese el cristianismo, pues de lo que se trata es de permitir la respuesta o rectificación al directamente aludido y no de abrir un debate en el cual cada habitante de la Nación pueda rebatir las ideas expuestas por otro en un medio de difusión. Una comprensión diferente del derecho de réplica no sólo se apartaría inequívocamente de los términos en que lo reconoce la convención internacional sino que lesionaría gravemente—además de la reserva consagrada por el art. 19—la libertad de expresión y el derecho de propiedad consagrados por los arts. 14 y 17 de la Constitución, pues obligaría a todo propietario de un medio de difusión a admitir un debate abierto sobre cualquier tema que se hubiera hecho público mediante su utilización, anulando de ese modo su propia libertad de expresión o la de quienes con su consentimiento utilizan su medio, y poniendo su propiedad individual al servicio de cualquier miembro de la comunidad. La pretensión deducida resulta, pues, desde todo punto de vista inaceptable.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Augusto César Belluscio*.

**CASO "JORGE RODRÍGUEZ — JEFE DE Gabinete de Ministros de la Nación"**

(Fallos: 320:2851)

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

—I—

Surge de los antecedentes de autos, que un grupo de legisladores, a los que se adhirieron el señor Defensor del Pueblo, plantearon una acción de amparo contra los decretos N° 375, del 24 de abril de 1997, y N° 500, del 2 de junio, mediante los cuales fue decidida la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales, ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10.

Toda vez que dicha acción fue acogida en ambas instancias ordinarias judiciales, el Poder Ejecutivo Nacional planteó el respectivo recurso extraordinario, el que se encuentra sustanciándose en la actualidad.

Empero, dada la necesidad y urgencia que existe en la concreción del proceso de concesión inadmisiblemente demorado, resolvió ratificar esos decretos, mediante el decreto de necesidad y urgencia 842/97, dictado con fundamento en el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional y enviado a la consideración del Congreso de la Nación, tal como lo exige dicha norma, donde se encuentra en proceso de tratamiento legislativo.

—II—

En ese estado de cosas, el mismo grupo de legisladores nacionales, promovió nueva instancia judicial contra el decreto 842/97, lo que dio lugar a la formación del expediente agregado "Nieve, Alejandro y otros c/ P.E.N. —Dto. 842/97— s/ medida cautelar (auténtoma)", donde, citado el señor Defensor del Pueblo por la señora Jueza a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, compareció a fs. 40/47 en los términos del art. 90, inc. 2º del C.P.C.C.N., adhirió a la pretensión de los actores y fue tenido por parte en esos términos (fs. 48).

A fs. 57/58, la magistrada hizo lugar a la medida peticionada y ordenó, al Poder Ejecutivo Nacional, la suspensión de los efectos del decreto de necesidad y urgencia 842/97, dictado sobre el marco regulatorio del servicio aeroportuario, como así también de cualquier otra reglamentación concordante.

Para así decidir, expresó, entre otros conceptos, que: a) el art. 42 de la Constitución Nacional establece que deben ser fijados por ley los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional; b) existe un proyecto de ley referente al establecimiento del marco regulatorio para la ex-

plotación, administración y funcionamiento de los aeropuertos integrantes del Sistema Nacional de Aeropuertos, el que ha sido aprobado por el Senado de la Nación y se encuentra en trámite ante la Cámara de Diputados; c) a tenor de los arts. 8º y 9º de la ley 23.696, de Reforma del Estado, la declaración —por el Poder Ejecutivo— de la necesidad de la privatización deba ser aprobada por el Congreso; d) en esas condiciones, con el dictado del decreto 842/97, el derecho de los actores a ejercer su función de legisladores se encuentra, de modo inminente, amenazado, restringido, limitado o privado, toda vez que el P.E.N. ha decidido acerca de una materia comprendida en el proyecto legislativo en trámite; e) el dictado de decretos de necesidad y urgencia, luego de la reforma constitucional de 1994, requiere el contralor por parte de la Comisión Bicameral creada por la Constitución Nacional; f) el mecanismo previsto en el art. 99, inc. 3º no podría funcionar, en la medida en que la normativa que allí se manda sancionar no fue dictada; g) en esas condiciones, el dictado del decreto 842/97 en Acuerdo General de Ministros se apartaría de lo dispuesto en dicho precepto y h) teniendo en cuenta la importancia del servicio público de aeropuertos y la cantidad de establecimientos implicados en la concesión, la Decisión Administrativa 478/97 del Jefe de Gabinete de Ministros, que determinó un nuevo cronograma para la licitación en análisis, en el marco regulatorio fijado por los decretos 375, 500 y 842/97 "podría llevar a un punto de no retorno en el compromiso asumido por la Nación, que podría transformar en tardío e ineficaz el reconocimiento del derecho de los legisladores y del Defensor del Pueblo de la Nación".

Cabe advertir que, en cumplimiento de lo prescripto en el art. 207 del C.P.C.C.N., los mismos legisladores que promovieron la medida cautelar autónoma reseñada precedentemente, interpusieron demanda ordinaria de nulidad del citado decreto N° 842/97, lo que dio origen a la formación del expediente también agregado "Nieve, Alejandro y otros c/ P.E.N. (Decreto 842/97) s/ proceso de conocimiento".

—III—

Disconforme con la medida cautelar dictada, el Estado Nacional dedujo recurso de apelación y presentó el respectivo memorial de agravios a fs. 100/124 de las actuaciones primariamente citadas en el Capítulo II, recurso que aún no fue elevado a la Excma. Cámara del fuero.

—IV—

Sin perjuicio de ello, se presentó directamente en autos, ante V.E., el Ingeniero Jorge Rodríguez (fs. 38/124), como Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación y en la oportunidad indicada por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de plantear:

1. En los términos del inciso 7º del art. 24 del decreto-ley 1285/58, la incompetencia y carencia de jurisdicción de la magistrada interveniente, como así también de la Excma. Cámara del Fuero, para entender en esta causa.

2. Subsidiariamente, recurso extraordinario directo ante la Corte Suprema contra la medida cautelar dispuesta en los autos agregados y que se resenñaron *supr.*

## —V—

Con referencia al primero de dichos planteos, sostuvo que, por un lado, un grupo de legisladores rehuye sus obligaciones constitucionales ya que, encontrándose el asunto bajo análisis del Congreso—donde no sólo podrían ejercer sus funciones como tales sino que deberían hacerlo—solicita la intervención de un Juez de la Nación en manifiesta ausencia de caso judicial, con el propósito de interferir en el trámite de la instancia parlamentaria abierta y el funcionamiento natural e institucional del debate y votación respectivos.

No puede ocultarse entonces, a su juicio, la presencia de un grave conflicto de poderes, suscitado por el accionar desmedido de los actores en esta causa y de la magistrada que ha hecho lugar a la medida cautelar solicitada, ya que, si cada vez que se debate una cuestión en el Congreso, uno o varios legisladores deciden actuar fuera del recinto y obtener en el Poder Judicial, como litigantes, lo que no pueden como diputados o senadores, según el procedimiento establecido en los arts. 77 a 84 de la Constitución, el principio de separación y equilibrio de los poderes está quebrado.

De ello se desprende que el magistrado que intervino es incompetente, ya que el Congreso de la Nación es quien debe resolver acerca de la procedencia y validez del decreto 842/97, en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional. En otros términos, desde la reforma constitucional de 1994, la función de control sobre los decretos de necesidad y urgencia está sometida a un procedimiento especial estatuido por la Constitución y el órgano competente para ello es el Congreso, de tal forma que, toda actuación previa del Poder Judicial, es una intromisión ilegítima y suscita un conflicto de poderes.

En segundo lugar, afirmó que media gravedad institucional, pues se afecta el normal desenvolvimiento de los poderes del Estado, uno de los cuales está interfiriendo la normal labor del otro.

Dijo que compete a V.E. la solución de este problema, toda vez que el art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/58 le atribuye la resolución de conflictos de competencia entre diferentes magistrados del país que no tengan un superior común y dicha función la obliga a decidir, no sólo en sentido positivo, es decir, atribuyendo competencia a quien la tiene, sino también en sentido negativo, o sea, negándola si no existe. Y ello se extiende naturalmente a determinar cuándo un tribunal es competente y cuándo no lo es, aun cuando el conflicto se haya tratado con un órgano no judicial. De ello depende—afirmó—la independencia del Poder Judicial, pues tan amenazado está cuando otro poder avanza sobre aquél, como cuando un órgano judicial ingresa en una zona que le es ajena.

Por otra parte, recordó que la Corte ejerce la jefatura de la Justicia Federal y que, en tal carácter, ha dicho que no incumbe—aisladamente—a cada uno

de los tribunales la representación pública, expresa o tácita del Poder Judicial para la defensa de su independencia frente a las intromisiones de otro poder. La unidad y el orden indispensables del Poder Judicial, así como la significación jerárquica de la Corte, excluyen dicha representación particular cuando se invocan intromisiones que afectan a la Constitución del Poder Judicial e importan un atentado a su independencia (cf. Fallos: 241:23).

Así, V.E. admitió que le asisten facultades implícitas y la condición de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, para preservar la autonomía e integridad de los tribunales de la Nación, frente a posibles avances de otros poderes (cf. Fallos: 259:11; 263:15; 300:1282, entre otros).

Agregó que la Corte tiene la misión de preservar los límites de la competencia que la Constitución distribuye, tanto de un modo horizontal (división de poderes), como de un modo vertical (sistema federal). Ello se explica a través de su condición de Poder del Estado, la que le confiere las atribuciones implícitas que posee y ha ejercido en reiteradas ocasiones.

Con remisión a la opinión de autorizada doctrina nacional y extranjera, sostuvo que, a través de sus fallos, V.E. no sólo decide en el sentido judicial del término, sino que además gobierna, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación e invalidación de los múltiples actos de gobierno (leyes, reglamentos, etc.) que le son sometidos a su control constitucional.

De dicha condición de Poder del Estado—agregó—surgen sus poderes implícitos, por cuanto, en virtud de la llamada regla de “permisión amplia” en materia de competencia (cf. LINARES, Juan Francisco, “La competencia y los postulados de la permisión”, en R.A.D.A. N° 2, Bs. As., 1971, pág. 14 y ss.), es forzoso admitir que los órganos de gobierno no sólo pueden ejercer aquellos actos para los que están habilitados expresamente por la Constitución, la ley o el reglamento, sino para todos los que implicitamente surgen de aquellas disposiciones expresas, tal como lo señaló claramente John Marshall, como Chief Justice de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuando le tocó resolver *in re: "Mc Culloch vs. Maryland"* (4, Wheaton, 316-1819—).

Agregó que en materia judicial, los poderes implícitos se presentan, en primer término, con el ejercicio del control de constitucionalidad, que no está explícitamente asignado ni por la Constitución ni por ley alguna. Ni aún en los artículos 116 y 117, base primera de las competencias judiciales, la Constitución asigna al Poder Judicial la potestad de controlar la validez constitucional de las leyes; potestad que nace de sus poderes implícitos.

Además de los fundamentos anteriores, aseguró que la petición esgrimida está fundada en los poderes de Superintendencia del Tribunal, que éste ejerció en Fallos: 319:371.

Calificó de ilegítima la actuación del juez de grado, quien yerra al expresar que se vería amenazado, restringido o limitado el derecho de los actores en función del decreto 842/97 pues, a partir de la reforma constitucional de 1994, el mecanismo del inc. 3º del art. 99 de la Constitución Nacional prevé como efecto del dictado de un decreto de necesidad y urgencia, la habilita-

ción inmediata y obligatoria de la competencia revisora del Congreso, el cual, por lo demás, se encuentra efectivamente interviniendo en el caso, como lo prueba la cantidad de proyectos que se enuncian en la motivación del Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, que aconseja la ratificación del decreto 842.

En estas condiciones, no existen agravios o bien, en el mejor de los casos, se trata de un agravio no actual o prematuro, que sólo podría plantearse frente a una ilegitima violación de la actividad de cualquier legislador en orden a presentar proyectos, debatir el tema y votar, según el procedimiento establecido en las respectivas reglamentaciones de las Cámaras.

Adujo que, además, nos encontramos ante una cuestión política no justiciable, por cuanto, luego de la reforma constitucional de 1994, la emisión de un decreto de necesidad y urgencia dejó de ser un acto unilateral del Poder Ejecutivo, pues se transformó en un acto institucional complejo en el cual también interviene el Legislativo y, mientras este proceso no esté terminado, ningún juez es competente para entender sobre el punto. Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido —desde siempre— que carece de competencia para revisar el proceso interno de formación y sanción de las leyes (cf. Fallos: 141:171; 142:131; 210:855, entre muchos otros).

#### —VI—

Respecto a la fundamentación del recurso extraordinario interpuesto subsidiariamente “en forma directa ante V.E.”, sostuvo, *en cuanto importa a los efectos del presente dictamen*, que la medida cautelar dictada en autos se extralimitó de su ámbito normal y resolvió el fondo del problema planteado, sin audiencia de una de las partes, ya que, por un lado, se dice que la materia del decreto está vedada por una norma constitucional y, por otro, que no pueden dictarse decretos de necesidad y urgencia al no haberse sancionado la ley reglamentaria del inc. 3º del art. 99 de la Constitución. En esas condiciones, la sentencia en crisis constituye una decisión *definitiva* en los términos del art. 14 de la ley 48.

También existe, a su entender, gravedad institucional —como mecanismo de sustitución de la exigencia de sentencia definitiva— ya que la decisión interrumpe el proceso de concesión de ciertos aeropuertos que se ha considerado, por el Poder Ejecutivo Nacional y por el Congreso (Dictamen de la Comisión Bicameral de Privatizaciones, o el mismo tratamiento legislativo —demorado— relativo al marco regulatorio del futuro funcionamiento del servicio) como el medio apropiado y posible para corregir los graves defectos que afectan a nuestro sistema aeropuerto y llevarlo a las condiciones de funcionamiento adecuadas a las necesidades de seguridad y eficiencia que exigen el actual y creciente tráfico aéreo. Se trata, entonces, de la ejecución de una clara política legislativa, iniciada con la sanción de la ley 23.696, de exclusiva incumbencia de los poderes políticos constitucionales. Con esta interrupción se demoran, a la vez, la ejecución de las obras que, antelos acontecimientos de dominio público vinculados con la seguridad y eficiencia antes señalada, son ya impostergables.

Por otro lado, la interpretación consagrada en la decisión recurrida impone la imposibilita al Poder Ejecutivo ejercer la facultad constitucional de dictar “decretos de necesidad y urgencia” —al condicionarlos a la existencia de la Comisión Bicameral prevista en el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional— con lo cual deja en manos del Congreso —que puede nunca sancionar la ley reglamentaria— la posibilidad misma del ejercicio por el Ejecutivo de dicha competencia constitucional. A la vez, impide al Congreso —si el Poder Ejecutivo Nacional igualmente dictara un decreto de naturaleza legislativa— revisarlo, por la inexistencia de la mentada comisión bicameral.

También implica el fallo —a su juicio— que se sustituya el funcionamiento en pleno de cada una de las Cámaras del Congreso por la actuación de la Comisión Bicameral, ya que coloca en ésta la intervención sustancial en el proceso, olvidando que el Poder Legislativo se expresa por el voto de la totalidad de los miembros de sus Cámaras, y que la Comisión Bicameral simplemente dictamina. Permite que un grupo de legisladores sustituya la voluntad de la mayoría de los miembros del Congreso. Interfiere en la actividad legislativa y en la relación Poder Ejecutivo —Poder Legislativo. Decide, sin causa judicial, en una cuestión de naturaleza institucional o política. Desconoce la jurisprudencia secular de V.E. al respecto.

Por ello, concluyó que si bien la decisión objeto del remedio federal es una medida cautelar, la misma es recurrible por vía extraordinaria, en la medida que tiene efectos de pronunciamiento definitivo, pues ha resuelto dentro del estrecho ámbito de una decisión de esa naturaleza cuestiones constitucionales que lo exceden:

Al hacer la crítica de la sentencia recurrida (Capítulo VI) cuestionó —en particular— la legitimación de los diputados nacionales para actuar judicialmente invocando tal carácter en defensa del ordenamiento jurídico general y de la división de poderes. Reiteró, mediante la cita de precedentes de la Corte, que el supuesto derecho invocado por los legisladores no es un derecho propio, sino del cuerpo que integran. Dijo que tampoco detallan cuáles son los derechos de incidencia colectiva a cuyo resguardo accionan, señalando que la legitimación que reconoció el art. 43 de la Constitución Nacional no fue indiscriminada ni equivale a una suerte de acción popular en cabeza de cualquier ciudadano para invocar cualquier tipo de interés colectivo, o de intereses aún más vagos o difusos, como son el respeto de la división de poderes o del orden jurídico vigente. Ninguna de las condiciones que enumera el citado art. 43 se encuentra cumplida en el *sub lite*: ni se invoca alguno de los supuestos de agravio que la norma prevé, ni los diputados actores revisten el carácter subjetivo requerido (afectados), ni la vía que escogieron ha sido la del amparo.

Tampoco tendría legitimación en autos el Defensor del Pueblo, ya que es un órgano instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, tal como establece el art. 86 de la Constitución Nacional, pero ello no le confiere atribuciones para defender los derechos de los legisladores, quienes cuentan con los propios resortes parlamentarios para su tutela.

Afirmó que la jueza incurrió en prejuzgamiento, sin haber escuchado a la demandada, como se desprende especialmente del siguiente párrafo de su resolución: "En estas condiciones, con el dictado del decreto 842/97 el derecho de los actores a ejercer su función participando en la formación de la voluntad del órgano—Poder Legislativo—se encontraría, de modo inminente, amenazado, restringido, limitado o privado por el Poder Ejecutivo Nacional (llamado a licitación pública nacional e internacional para otorgar la concesión de la administración y funcionamiento del conjunto de aeropuertos que allí se detallan) en virtud de decidir acerca de una materia comprendida en el proyecto legislativo en trámite".

Ello, por cuanto la jueza no advirtió dos cosas: una, que no estamos en el marco de un amparo, como si lo estuvieron sus colegas en la causa "Nieves" anterior, y otra, la más importante, que aún no ha llegado el momento de dictar sentencia de fondo sobre la legitimidad o no del decreto 842/97, sino que se encuentra el expediente en estado previo, y la decisión fue tomada sin audiencia de parte.

#### —VII—

Así planteada la cuestión, debe analizarse, en primer término, si se ha configurado en el *sub lite* un virtual conflicto fundado en el exceso de competencia de un magistrado del Poder Judicial de la Nación, que haya alterado el equilibrio de las funciones inherentes a la forma republicana de gobierno, conforme lo declaró V.E., en Fallos: 319:371.

Es cierto que, en ese sentido, la jueza no examinó la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el Poder Ejecutivo Nacional en punto a la privatización de aeropuertos, sino que se limitó a suspender los efectos del decreto 842/97, al conceder una medida cautelar solicitada con carácter previo al inicio de una causa judicial donde habrá de efectuarse el examen de la compatibilidad que el decreto impugnado observa con las disposiciones de la Constitución Nacional (conf. argumento de Fallos: 312:122 y sus citas de Fallos: 300:642, 700 y 307:326).

Hasta allí, entonces, su actuación se habría desenvuelto en su ámbito competencial pues, según tiene declarado la Corte, "cuando ante los estrados de la justicia se impugnan las disposiciones expedidas en el ejercicio de una atribución propia de alguno de los otros poderes, con fundamento en que ellas se encuentran en pugna con la Constitución, [...] se configura una causa judicial atinente al control de constitucionalidad de preceptos legales infraconstitucionales cuya decisión es propia del Poder Judicial". Empero, ello es así, siempre y cuando se produzca un perjuicio concreto al derecho que asiste a quien legítimamente lo invoca (conf., *a contrario sensu*, argumento de Fallos: 311:1435, cons. 5º y su cita).

Como recordó este Ministerio Público, en el precedente de Fallos: 303:893, "desde antiguo, V.E. ha declarado que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 95:51 y 290; 130:157; 243:177; 256:103; 263:397 y muchos otros)".

Destacó, en dicha oportunidad, que, "si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como 'un pleito o demanda en derecho, instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento', según concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental. Según Vedia (Constitución Argentina, párrafos 541 y 542), el Poder Judicial no se extiende a todas las violaciones posibles de la Constitución, sino a las que le son sometidas en forma de caso por una de sus partes. Si así no sucede, no hay 'caso' y no hay, por lo tanto, jurisdicción acordada (Fallos: 156:318)".

Posteriormente, declaró la Corte en Fallos: 306:1125, "que el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales nacionales por los arts. 94, 100 y 101 de la Constitución (antes de la reforma de 1994) se define, de acuerdo con invariable interpretación, receptada por el Congreso argentino y por la jurisprudencia del Tribunal, de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, como el que se ejerce en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el art. 2º de la ley 27".

"Dichas causas son aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (doctrina de Fallos: 156:318, considerando 5º, p. 321). Y, por ello, no se da una causa o caso contencioso que permita el ejercicio del poder judicial conferido a los tribunales nacionales cuando se procura, como ocurre con la demanda de autos, la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (Fallos: 243:176 y 256:104, cons. 5º, segundo párrafo)".

Consignó allí la Corte que ella misma, desde sus inicios (Fallos: 1:27 y 292) negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo (Fallos: 12:372; 95:51 y 115:163).

Y remarcó que ello es así porque, como también lo afirmó en Fallos: 242:353, considerando 3º, "El fin y las consecuencias del 'control' encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que este requisito de la existencia de un 'caso' o 'controversia judicial' sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes, según lo expone el juez Frankfurter, con fundamento en la jurisprudencia norteamericana (341 U.S., 149)".

"Conviene subrayar, agregó, que este principio fue sustentado como presupuesto básico del control constitucional por el Congreso de la Confederación cuando sancionó la primera ley de organización judicial nacional (ley 182 del Congreso de la Confederación), cuyas disposiciones vinculadas a este punto fueron recogidas por la ley 27 y siguen vigentes (Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Actas de las Sesiones del Paraná correspondientes al año de 1857, Buenos Aires, Imprenta de la Nación, año 1884, p. 220 y sgts., en especial 221 y 226)".

"Por tal motivo, concluyó, se ha dicho en Fallos: 256:104, cons. 2º, que resulta condición para el examen de la constitucionalidad de las leyes u otros actos de la autoridad que él ocurra como aspecto de un litigio común y como medida tendiente a superar el obstáculo que deriva de aquéllos para el reconocimiento del derecho invocado por la parte que los impugna".

### —VIII—

A mi modo de ver, en el *sub examine* no se configura un *caso o causa* en los términos de la doctrina del Tribunal recién reseñada, por la falta de un perjuicio concreto de quienes han pretendido la intervención judicial.

V.E. ya tuvo oportunidad de resolver una cuestión sustancialmente análoga, en el precedente de Fallos: 313:863, donde el señor Moisés E. Fontela, "por sí y en el carácter de representante del pueblo", promovió un amparo a efectos de que se ordenara al Estado Nacional encuadrar la forma societaria de la empresa "Aerolíneas Argentinas", como consecuencia del trámite de adjudicación entonces en curso, "dentro de los tipos vigentes tal cual reza el art. 6 de la ley 23.696".

Se dijo allí, con apoyo en doctrina que comenzó a elaborarse desde los inicios mismos del funcionamiento del Tribunal, que no confería legitimación al señor Fontela, su invocada "representación del pueblo" sobre la base de la calidad de diputado nacional que investía, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su *quicío* constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso.

"Tampoco la mencionada calidad parlamentaria lo legítima, dijo la Corte, para actuar en 'resguardo de la división de poderes' ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquél atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio".

Tal es lo que acontece en el *sub lite*, donde un grupo de diputados nacionales, como quedó expuesto, aducen que el dictado del decreto 842/97 por el Poder Ejecutivo Nacional lesiona sus derechos a ejercer sus funciones como tales.

Desde mi punto de vista, dicha afirmación se encuentra totalmente alejada de la realidad, puesto que, así como lo sostiene el presentante de autos, a los actores nunca les estuvo impedido ejercer su función como legisladores. Por el contrario, disponen de un doble curso de acción para llevarla a cabo: uno, consistente en agotar los trámites parlamentarios necesarios para convertir en ley el proyecto sobre privatización de aeropuertos aprobado por el Senado de la Nación que actualmente se encuentra a consideración de la Cámara de Diputados que, precisamente, integran los accionantes; y otro, sancionar una ley contraria a la ratificación del decreto 842/97, aun cuando

no se haya creado la Comisión Bicameral prevista por el art. 99 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, otorgar legitimación a los actores en esta causa significaría admitir que, cada vez que su voto en el recinto no sea suficiente para alcanzar las mayorías requeridas por las respectivas reglamentaciones para convertir un proyecto en ley —ya sea la ley de privatización de aeropuertos que abrogue cualquier posibilidad de vigencia del decreto 842/97 o, en su caso, la ley no ratificatoria de éste— puedan obtener, por vía judicial, un derecho que ya más allá que el conferido por su propio cargo del legislador, esto es, paralizar las iniciativas que, en el mismo sentido, pueda tener el Poder Ejecutivo Nacional.

Lo hasta aquí expuesto es suficiente —a mi modo de ver— para concluir que, si los actores carecen de legitimación para obtener la medida cautelar de que se trata, tampoco puede tenerla el señor Defensor del Pueblo de la Nación, que fue tenido en autos como "adherido a la medida cautelar solicitada por los actores" (ver fs. 48).

En conclusión: no se configuran en el *sub lite* los requisitos que exige la jurisprudencia de la Corte Suprema para la procedencia de la jurisdicción federal en cuanto se refiere al control judicial de la Administración Pública:

—la existencia de un "caso contencioso", o sea, de una controversia entre partes que afirman y contradigan sus "derechos", la cual debe ser provocada por parte legítima y en la forma establecida por las respectivas normas procesales, quedando excluidas las consultas y las peticiones de declaraciones generales, así como las cuestiones de jurisdicción voluntaria;

—que dicha controversia no sea "abstracta" por carecer, quien la promueva, de un interés económico o jurídico que pueda ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse, no siendo suficiente a estos efectos invocar un perjuicio futuro, eventual o hipotético; y

—que el agravio alegado recaiga sobre el peticionario, y no sobre terceros (cf. Héctor A. Mairal, "Control Judicial de la Administración Pública", Volumen I, págs. 181/183, Ed. Depalma, Bs. As., 1984).

### —IX—

Este conflicto llega a V.E. por que, como vimos, el Poder Ejecutivo se presenta ante la justicia en tanto poder del Estado y se agravia por la indebida intervención del Poder Judicial en el control de un acto institucional complejo que impide la revisión judicial.

Por otro lado, nos encontramos frente al silencio del Congreso que no está representado en esta contienda e, incluso, falta el tratamiento del tema en su ámbito natural, es decir, en los plenarios de las Cámaras del Congreso de la Nación.

En tercer lugar, a pedido de un grupo de legisladores, interviene el Poder Judicial que actuando sin jurisdicción, paraliza la actividad del Poder Ejecutivo.

## —X—

Corresponde ahora revisar cuáles son los mecanismos constitucionales de solución a este tipo de conflictos. "En la organización política democrática cada uno de los tres poderes del Estado está dotado de facultades privativas, aunque coordinadas. Es la esencia de tales facultades, su limitación, es decir, que sus alcances no pueden exceder los señalados en los respectivos preceptos, y, de los poderes, como órganos tendientes a los fines escogidos por el pueblo, la inexistencia de superioridad alguna de uno con respecto a los otros; lo que significa la exclusión de interferencias recíprocas" (Carré De Malberg, "Teoría General del Estado", Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 741 y ss).

La teoría de Montesquieu implica indudablemente la necesidad de establecer, entre las distintas autoridades, ciertas relaciones de dependencia. El objeto esencial de la separación de poderes es ante todo imponer, a cada titular de la potestad pública, determinados límites ya que "es necesario que el poder detenga al poder". He ahí el punto de partida de toda la doctrina. Pero si se quiere que los poderes se contengan y se detengan unos a otros, es necesario conceder a sus titulares los medios de influenciarse y controlarse recíprocamente. Los poderes ejecutivo y legislativo no pueden funcionar sin relaciones entre ambos y sin entendimiento entre quienes son sus titulares. La Constitución ha previsto y regulado estas relaciones, para que no existan en el Estado más que poderes iguales; de lo contrario la unidad estatal quedaría desvirtuada.

En nuestro sistema, los constituyentes se empeñaron en organizar un tribunal supremo asignándole el carácter de intérprete definitivo de la Constitución. De la enorme importancia de este papel da cuenta Carré de Malberg, cuando sostiene que: "El desarrollo exegético de las cortes proporciona otra enseñanza sugerente, pues pone de manifiesto el desempeño de un doble papel si bien aparentemente contradictorio, concurrente en cuanto a los fines perseguidos y logrados: el de conservadora al mantener los postulados constitucionales, particularmente los relativos a los derechos y garantías individuales de acuerdo a los principios tradicionales en que se informaron; y el de innovadoras, en cuanto sensibles a necesidades nuevas, descubren en viejos preceptos alcances también nuevos. A esta difícil tarea es a la que, si se desempeña de modo acorde a las expectativas de los diferentes sectores involucrados, se le deberá el prestigio creciente del poder judicial y, en forma progresiva, una mayor conciencia legalista y constitucionalista en toda la sociedad" (op. cit. pág. 741 y ss).

La consagración del Poder Judicial como supremo intérprete de la Constitución representa el más preciado resguardo para las instituciones republicanas y democráticas. De ello surge la necesidad de que la Corte ejerza plenamente su rol de guardiana de la Constitución Nacional y de garante del libre juego democrático, de lo contrario el tiempo empleado en la elaboración de una declaración de derechos y en el establecimiento de la forma republicana de gobierno se habrá perdido.

Sin embargo, la revisión judicial no implica un privilegio, no significa un sometimiento o subordinación del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo que sería contrario al sistema de independencia y coordinación de los poderes del Estado y Thomas M. Cooley explica así: "todos invisten igual dignidad, cada uno es igualmente supremo en el ejercicio de sus funciones propias y no puede directa o indirectamente, mientras actúe dentro de los límites de su autoridad, ser sometido al control o supervisión de los otros" ("A treatise on the Constitutional Limitations", T II, Boston 1927, pág. 332).

V.E. ha sostenido, asimismo, siguiendo idéntica línea argumental que: "La misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscazar las funciones que incumben a los otros poderes y jurisdicciones, toda vez que el Judicial es el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de éste poder, inenoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público" (Fallos: 155:248).

El riesgo que se corre es, como señala Karl Loewenstein, "la judicialización de la política que sólo puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada —con perjuicio para el Estado de derecho—, o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es en el fondo sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función. En el conflicto entre la idea del Estado de derecho y el deber del gobierno a gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicados. Además, ¿qué ocurriría cuando el conflicto a decidir judicialmente afecte al mismo tribunal? ¿Quién tendrá que decidir entonces? *Quis custodiet custodes?* Las consecuencias serían serias crisis constitucionales..." (Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1965, pág. 325):

## —XI—

Ante la situación planteada en estas actuaciones, el más alto Tribunal no puede permanecer indiferente. Como lo ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, estos conflictos son habituales en el sistema y "hacen surgir consideraciones políticas más que legales: el poder judicial no debiera decidirlas si no se presentara un atolladero constitucional o una inmovilización del gobierno, pues de otro modo se alentaría a los pequeños grupos e inclusive a los individuos que integran el Congreso, para que busquen solucionar judicialmente las cuestiones, antes de que el normal proceso político tenga oportunidad de resolver el conflicto (Goldwater Et. Al. Vs. Carter President of USA; 444 US 997). No fuera a suceder que con el loable objeto de preservar estos principios, la intervención de este tribunal ignore el rol que las circunstancias actuales le permiten y adopte una solución que, alejada de dicha realidad, origine un conflicto institucional que sólo vaya a encontrar solución en la supresión de los poderes que integran el sistema

"supuestamente lesionado" (en LL T 1995—C 41 y ss, sentencia del 4 de octubre de 1994, *in re: Seco, Luis A. y otros*, considerando 10).

En este sentido y, en supuestos similares a los aquí tratados, V.E. ha hecho uso de los denominados poderes implícitos, independientemente del *nomen juris* que se le haya dado a su intervención. Así ha sostenido que: "Es ya doctrina fuera de discusión la de los poderes implícitos, necesarios para el ejercicio de los que han sido expresamente conferidos; sin los cuales, sino imposible, sería sumamente difícil y embarazosa la marcha del gobierno constitucional en sus diferentes ramas" (Fallos: 19:231).

"Decir poderes implícitos es, en suma, decir poderes imprescindibles para el ejercicio de los expresamente concedidos, esto es, atribuciones que no son sustantivas ni independientes de estos últimos sino auxiliares y subordinadas". En cuanto a los alcances de tales poderes, en el mismo fallo V.E. ha entendido que: "supuesta su existencia, la extensión no podría ir más allá de lo que fuere rigurosamente necesario para que la facultad expresa no resulte ilegítima y gravemente impedida por lo que mal podría depender el establecimiento de sus límites, de la discreción del órgano que los ejercite" (Fallos: 318:1967).

En el mismo sentido, en la cual "Virginia Rita Recchia de Schedan" (Fallos: 305:504) sostuvo "Que aunque no se trata de un conflicto de poderes ni de uno de aquéllos que compete dirimir a esta Corte conforme con el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, el Tribunal considera que procede su intervención" /.../. Elló así en virtud de los poderes implícitos que, como órgano supremo y cabeza de uno de los poderes del Estado, le son connaturales e irrenunciables para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función específica que se le atribuye a los jueces" /.../ habida cuenta que es principio inconscio de nuestro régimen republicano la separación, pero también el equilibrio armónico de los poderes en función de lograr la plenitud del Estado de Derecho, esta Corte estima su deber poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen la salvaguarda de la eficacia de la función judicial, principalmente en cuanto se refiere a la protección de los derechos y garantías consagradas en la Constitución Nacional (en igual sentido en Fallos: 300:1282)".

Por otra parte, en Fallos: 319:371, ya citada, V.E. declaró que: "La invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro, importa siempre, por sí misma, una cuestión institucional de suma gravedad que, independientemente de que trasunte un conflicto de competencia jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por esta Corte /.../ sin que sea óbice para ello la inexistencia de vías procesales específicas, pues es claro que problemas de tal naturaleza no pueden quedar sin solución" ... "Que, en tal sentido, en los particulares y excepcionales casos en que tales materias están en juego, la Corte debe actuar incluso con abstracción del *nomen juris* dado por los interesados a la presentación formalizada ante estos estrados para provocar su intervención, debiendo atender en cambio, a la sustancia real de dicha presentación, a su fundamento, trascendencia y a su procedibilidad, sin que obste a ello la existencia de un trámite ordinario con eventual aptitud para dejar sin efecto el acto que

provocó el conflicto, toda vez que el mantenimiento del orden institucional no admite dilaciones" (cf. considerando 4º).

En el considerando 8º agregó "Que, en mérito a lo expuesto, aunque la cuestión de competencia no aparezca explicitada en términos formales y con todos los requisitos, preciso es tenerla por configurada en el caso atento al explícito planteo del presentante —el cual más allá de su *nomen juris*, importa denunciar la inexistencia de jurisdicción por parte del magistrado interveniente— ya razones de economía procesal, que permiten prescindir de eventuales defectos de planteamiento de este tipo de cuestiones /.../. Ello es así por cuanto es deber de esta Corte, en su carácter de Tribunal Supremo, ejercer las atribuciones que le confiere el art. 24 inc. 7º del dec.-ley 1285/58, toda vez que advierta en las actuaciones que se ha sometido al Estado Nacional a la decisión de un magistrado que resulta por ley carente de jurisdicción".

De lo expuesto, surge que esta doctrina es enteramente aplicable al *sub judice*. Es indispensable que la Corte señale los límites precisos dentro de los que entiende que magistrados del Poder Judicial pueden ejercer sus competencias, a fin de que los poderes del Estado se adecuen recíprocamente y puedan coexistir en armonía, sin que ninguno de ellos invada la esfera que legítimamente pertenece a los otros.

### —XII—

Por aplicación de la doctrina que dimana de dicho precedente, pienso que, aunque en autos, igual que allí, la cuestión de competencia no aparezca explicitada en términos formales y con todos los requisitos, es preciso tenerla por configurada atento al explícito planteo del presentante, el cual, más allá de su *nomen juris*, importa denunciar la inexistencia de jurisdicción por parte de la jueza interveniente, toda vez que, como expresé en el cap. VIII, emitió la resolución impugnada pese a la falta de legitimación de los actores y, por ende, a la ausencia de un "caso" en los términos de la doctrina de la Corte Suprema.

### —XIII—

A mérito de lo expuesto, soy de opinión que V.E. debe desestimar el recurso por salto de instancia interpuesto en estas actuaciones y dejar sin efecto lo resuelto por la señora jueza a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, Buenos Aires, 5 de noviembre de 1997. Nicolás Eduardo Becerra.

### FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 17 de diciembre de 1997.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 1/124 vta. se presenta en forma directa ante este Tribunal el ingeniero Jorge Rodríguez, en su carácter de jefe de Gabinete de Ministros de

la Nación, denunciando un grave conflicto de poderes suscitado con motivo de la decisión cautelar recaída en la causa "Nieve, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional —decreto 842/97—", en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, mediante la cual se ordenó "al Poder Ejecutivo Nacional la suspensión de los efectos del Decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante".

Al respecto, plantea la falta de atribuciones del Poder Judicial para entender en la cuestión toda vez que la función de control sobre los decretos de necesidad y urgencia estaría sometida a un procedimiento especial estatuido por la Constitución, siendo el órgano competente el Congreso Nacional. Sólo por ello, en función de lo establecido por el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, se declare la incompetencia del Poder Judicial de la Nación para entender en la materia.

Subsidiariamente, plantea recurso extraordinario en forma directa, habida cuenta de la gravedad institucional y de la urgencia existentes en el caso, requiriendo la revocación de la medida cautelar dispuesta.

2º) Que a fs. 151 se corrió traslado de dicha presentación a los demandantes y al señor Defensor del Pueblo de la Nación, quienes lo contestaron a fs. 187/213 y 154/163, respectivamente. Por su parte, respondiendo a la vista oportunamente conferida, el Procurador General de la Nación se expidió a fs. 137/148.

3º) Que, con carácter previo, los actores desconocieron la legitimación activa del señor jefe de gabinete para presentarse en estos actuados ya que se encontraba en juego el ejercicio de una prerrogativa exclusiva y excluyente del señor presidente de la Nación —dictado de decretos de necesidad y urgencia— cuya representación no fue invocada.

4º) Que, en los términos en que ha sido formulado, el planteo resulta inadmisible pues no cabe confundir la facultad de dictar los aludidos decretos, que si corresponde al titular del Poder Ejecutivo (conf. art. 99, inc. 3º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional), con el objeto de la presentación ante esta Corte, donde el jefe de Gabinete de Ministros no acciona en defensa de la validez del acto emanado del presidente de la Nación, sino que viene a plantear la falta de jurisdicción de un órgano judicial cuya actuación generó un conflicto de poderes, cuestión que es dable encuadrar dentro del amplio marco de facultades de ese funcionario (conf. art. 100, inc. 1º, de la Constitución Nacional).

5º) Que en cuanto a la habilitación del Tribunal para intervenir en este caso, la cuestión encuentra adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador General —puntos VII; VIII y X— al que cabe remitir en razón de brevedad toda vez que traduce la doctrina de esta Corte a que hace referencia, según la cual —aun prescindiendo de eventuales defectos en el planteamiento de la cuestión— corresponde declarar la inexistencia de jurisdicción de los magistrados judiciales para intervenir en conflictos de la índole del aquí suscitado.

6º) Que la invasión que un poder del Estado pudiera hacer respecto de la zona de reserva de actuación de otro, importa siempre, por sí misma, una

cuestión institucional de suma gravedad que, independientemente de que trate de un conflicto jurisdiccional o un conflicto de poderes en sentido estricto, debe ser resuelta por esta Corte, pues es claro que problemas de tal naturaleza no pueden quedar sin solución.

7º) Que, en efecto, en el caso concurren inusitadas circunstancias de gravedad institucional que sobrevienen al estar en tela de juicio si los jueces han ejercido su poder invadiendo las atribuciones que constitucionalmente tienen otros poderes del Estado, invasión que lesionaría el principio fundamental de división de poderes.

8º) Que, así como este Tribunal, en ejercicio de una prerrogativa implícita que es inherente a su calidad de órgano supremo de la organización judicial e intérprete final de la Constitución, ha intervenido para conjurar menoscabos a las autoridades judiciales o impedir posibles y excepcionales avances de otros poderes nacionales (conf. Fallos: 201:245; 237:29; 241:50; 246:237 y otros), así también le corresponde, como parte de su deber de señalar los límites precisos en que han de ejercerse aquellas potestades —con abstracción del modo y la forma en que el punto le fuera propuesto— establecer si la materia de que se trata está dentro de su poder jurisdiccional, qué no puede ser ampliado por voluntad de las partes, por más que éstas lleven ante los jueces una controversia cuya decisión no les incumbe y éstos la acojan y se pronuncien sobre ella a través de una sentencia (conf. Fallos: 215:492; 229:460). Dentro del ejercicio de sus poderes implícitos, esta Corte no puede prescindir del respeto —pasivo o activo— de los límites que la Constitución impone a la jurisdicción del Poder Judicial en su art. 116.

9º) Que, en el *sub lite*, la pretensión sometida a la decisión jurisdiccional tuvo por objeto la declaración de nulidad del decreto de necesidad y urgencia 842/97 de fecha 27 de agosto de 1997 (B.O. 28-8-97), sobre el marco regulatorio y privatización del servicio aeroportuario, por haberse impedido mediante el dictado de esa norma el ejercicio de la facultad de legislar propia de los accionantes y contrariar aquélla las disposiciones constitucionales que condicionan la validez de este tipo de actos emanados del Poder Ejecutivo.

10) Que desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 311:2580). Por tal motivo, en las causas en que —como en el *sub lite*— se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254:45).

11) Que esclarecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones exige interpretar la Constitución, lo que permite definir en qué medida

—si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial (*"Powell vs. Mc Cormack"*, 395 U.S., 486, 1969), facultad ésta última que sólo puede ser ejercida cuando haya mediado alguna violación normativa que ubique los actos de los otros poderes fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere o del modo en que ésta autoriza a ponerlas en práctica.

12) Que, respecto de la cuestión *sub examine*, el art. 99, inc. 3º, cuarto párrafo, de la Constitución Nacional, dispone que cuando el Poder Ejecutivo proceda a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, “el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”, que “elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras...”.

13) Que, como se observa, la cláusula constitucional citada prevé un específico ámbito de contralor en sede parlamentaria para los decretos de necesidad y urgencia. Dicho contralor, por otra parte, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la “ley especial” contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la “Comisión Bicameral Permanente”, ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar *sine die* al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente.

Por lo demás, lo cierto es que el órgano de contralor —a quien corresponde ratificar o desaprobar los decretos— es el Congreso de la Nación, a quien le compete arbitrar los medios para emitir su decisión, conforme la Constitución Nacional y del modo que entienda adecuado a las circunstancias en que se expida al respecto.

14) Que en el caso del decreto 842/97 —cuyo contenido no incursiona en las materias taxativamente vedadas— el Poder Ejecutivo Nacional cumplió su parte en el referido trámite constitucional toda vez que la citada norma, refrendada por los funcionarios allí aludidos, fue puesta a consideración del Congreso Nacional por medio del mensaje N° 842 —28 de agosto de 1997— siendo girada ulteriormente para su tratamiento a la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, que se expidió por su ratificación (conf. copias de fs. 6/15).

15) Que, en tales condiciones, el decreto en cuestión no presenta defectos formales ni aparece emitido fuera del complejo normativo que regula su dictado; por el contrario, aquél se presenta regularmente inscripto en el ejercicio privativo de las funciones propias de uno de los poderes del Estado, sin exceder el marco en que constitucional y legalmente éstas se insertan. De ese modo, atendiendo al texto constitucional plasmado por la reforma del año 1994, la norma referida sólo puede considerarse sometida al pertinente control del Poder Legislativo de la Nación, a quien corresponde pronunciarse acerca de la concurrencia de los extremos —de valoración política— que habilitan el ejercicio de la facultad excepcional del Poder Ejecutivo, así como de la oportunidad, mérito y conveniencia de su contenido.

16) Que esta conclusión implica el ejercicio del control de constitucionalidad, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional (conf. Fallos: 33:162; doct. *“Marbury vs. Madison”*, U.S. 1 Cranch 137 — 5 US — 1803) y atribución primordial de esta Corte, entendida en el máximo grado de su expresión cuando, como en el *sub examine*, se trata de establecer a qué órgano del Estado le corresponde determinada atribución según la Carta Fundamental.

Al respecto, se ha dicho que decidir “...si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución” (*“Baker vs. Carr”*, 369 US 186, 82 S.Ct. 691, 7 L.Ed. 2d, 663, 1962).

En ese sentido, tanto se ejerce el control de constitucionalidad cuando se declara la invalidez de los actos emanados del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo de la Nación, como cuando se decide que las cuestiones propuestas resultan ajenas a las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, ya que la facultad de revisión de este poder tiene un límite, que se encuentra ubicado en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado (*“Baker vs. Carr”* cit.).

17) Que, en las circunstancias descriptas, no existe justificación para la requerida intervención del Poder Judicial en una cuestión seguida por los poderes políticos y pendiente de tratamiento por parte de uno de ellos, el Congreso de la Nación. De otro modo se estarían desconociendo las potestades de este último, órgano a quien, como depositario de la voluntad popular, la Constitución atribuye una excluyente intervención en el contralor de los decretos de necesidad y urgencia, delicada función política propia del legislador que no puede ser interferida en el modo de su ejercicio por el Poder Judicial sin grave afectación del principio de división de poderes.

Con el mismo énfasis esta Corte afirma qué ello no significa la más mínima disminución del control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, cuya amplitud y extensión, desde su génesis, se explicita en todos sus alcances, en el considerando 23.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia norteamericana, “consideraciones de prudencia [...] persuaden de que una disputa entre el Congreso y el Presidente no está en condiciones para su revisión judicial a menos que y hasta que estas ramas del gobierno hayan actuado cada una de ellas afirmando su autoridad constitucional. Las diferencias entre el Presidente y el Congreso constituyen situaciones corrientes en nuestro sistema. Estas diferencias casi invariablemente provocan cuestionamientos políticos más que jurídicos. El Poder Judicial no debe decidir cuestiones vinculadas con la separación de poderes entre el Presidente y el Congreso a menos que estas ramas políticas del gobierno lleguen a un *impasse*” (Goldwater et al vs. Carter, Presidente de los Estados Unidos, 444 US 996).

18) Que, precisamente, en el caso se pretende que esta Corte intervenga en una contienda suscitada entre el Poder Ejecutivo

la Cámara de Diputados antes de que "el procedimiento político normal tenga la oportunidad de resolver el conflicto" (Goldwater et al vs. Carter, Presidente de los Estados Unidos, 444 US 996 y cita del considerando precedente), lo que resulta inadmisible ya que el Poder Judicial no debe involucrarse en controversias de esta índole, donde se lo pretende utilizar, al margen de las limitaciones previstas en el art. 116 de la Constitución Nacional, como árbitro —premature— de una contienda que se desarrolla en el seno de otro poder.

Por el contrario, la cuestión propuesta, propia de la dinámica de la vida política, debe resolverse dentro del marco institucional que la Constitución fija: el Honorable Congreso Nacional. Decidir de otro modo, impórtaría interferir en el ejercicio de funciones del órgano que expresa, en su máximo grado, la representación popular en una de las materias más delicadas que le ha asignado la reforma constitucional de 1994.

Se trata, en efecto, de una nueva atribución —correlacionada con la que se atribuye al presidente de la Nación— cuyo ejercicio exige un tratamiento parlamentario con relieves diferentes del que requieren la formación y sanción de las leyes, actuación que demanda el funcionamiento armónico de ambos órganos en esta nueva actividad colegiativa.

Y si bien la novedad de la atribución que se incorpora al texto constitucional puede provocar dificultades en su tratamiento interno, y tal vez interrogantes sobre su incidencia respecto del procedimiento normal de la actividad legislativa, resulta evidente que la solución para superarlas en ningún caso puede consistir en anular —en sus efectos— el trámite propio del instituto incorporado en 1994.

19) Que, con respecto a las prerrogativas de los poderes del Estado antes referidas, en otro orden de ideas, cuadra señalar también que la responsabilidad por el cumplimiento de los tratados y obligaciones internacionales recae sobre el presidente en cuanto tiene a su cargo el ejercicio de los poderes para mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y naciones extranjeras (art. 99, inc. 11, de la Constitución Nacional). Ante él reclamarán los gobiernos extranjeros cuando haya algún incumplimiento por la Nación Argentina. Si un tratado requiere legislación interna y es autoejecutorio, el presidente ha de buscar la acción del Congreso. Si las obligaciones internacionales son susceptibles de aplicación inmediata, están sujetas al deber del presidente para su ejecución (arts. 99, inc. 2º; y 75, cs. 22 y 24, de la Constitución).

20) Que, por su lado, al Congreso incumbe apreciar, en virtud de su poder de revisión inmediata conferido por el art. 99, inc. 3º, de la Constitución, si surtan afectados tratados internacionales o normas emanadas de organizaciones internacionales con jurisdicción sobre la materia, en el caso, la Organización Internacional de la Aviación Civil, de la cual la Nación Argentina parte, que establece "estándares internacionales y prácticas recomendadas" de eventual operatividad inmediata en el ordenamiento argentino.

21) Que la presente decisión no implica el ejercicio de una suerte de jurisdicción originaria por parte de la Corte —en expresa contravención al art.

116 de la Constitución Nacional— ni la admisión de un salto de instancia, sino que el Tribunal cumple una actividad institucional en su carácter de guardián e intérprete final de la Ley Fundamental en orden al adecuado respeto del principio de separación de los poderes del Estado consagrado en aquélla; y en orden a asegurar, como titular de uno de ellos, su coordinado accionar.

22) Que, en ese sentido, el principio de separación de los poderes y el necesario autorrespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su jurisdicción impone que en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional, la función jurisdiccional de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuera, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación.

23) Que, en tales condiciones, cabe concluir que la decisión controvertida ha sido dictada con ausencia de jurisdicción, por lo que se encuentra afectada de invalidez conforme lo tiene resuelto la Corte en casos análogos (ver doctrina de Fallos: 294:25; 305:1502 y sus citas y 307:1779), sin que ello importe, como es obvio, una convalidación del decreto 842/97 fuera de lo que ha sido objeto de examen, en tanto que esa norma, como integrante del ordenamiento jurídico, es susceptible de eventuales cuestionamientos constitucionales —antes, durante o después de su tratamiento legislativo y cualquiera fuese la suerte que corriese en ese trámite— siempre que, ante un "caso" concreto —inexistente en la especie— conforme las exigencias del art. 116 de la Constitución Nacional, se considere en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental.

Al respecto resulta incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes —nacionales o locales— limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos.

Porque entonces esa facultad se reduce "simplemente a un elemento integrante del poder de sustanciar y decidir un juicio en que el tribunal debe conocer", en uso de las atribuciones que la Constitución le otorga (261 U.S. 525, 544; sentencia del juez Sutherland, *in re: Adkins v. Children's Hospital*).

24) Que, en suma, esta Corte en su condición de intérprete final de la Constitución Nacional reivindica, protege y preserva para el Poder Judicial de la Nación el control de constitucionalidad de los actos de los otros departamentos del gobierno federal—siempre que se verifiquen los recaudos exigidos por una consolidada doctrina elaborada desde hace más de 130 años— revisión que no es susceptible de ser ejercida en actuaciones de esta naturaleza, en la medida en que los diputados nacionales demandantes sólo están facultados para ejercer el control que les difiere la Carta Magna en el ámbito del Congreso de la Nación al cual pertenecen, mas no están habilitados para instar a que el Poder Judicial sustituya al Poder Legislativo, usurpando una función que es notoriamente extraña al diseño institucional de la república ideado por los constituyentes de 1853.

Ciertamente, la demostración de mayor evidencia de que esta revisión judicial no es ni será abdicada por el Poder Judicial, es que en el supuesto en que la tacha de constitucionalidad de decretos de la naturaleza del impugnado en el *sub lite* sea introducida por parte de quien demuestre la presencia de un perjuicio directo, real y concreto —actual o en ciernes— la cuestión será indudablemente justiciable y este poder será —por mandato constitucional— competente para resolver el caso planteado en los términos de la ley. 27.

Por todo ello, de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por el señor Procurador General, se resuelve: 1º) dejar sin efecto lo resuelto por la señora juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5; 2º) Declarar inoficioso el tratamiento del recurso extraordinario subsidiariamente interpuesto. Agréguese al principal. Vótilfíquese, comuníquese a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y, oportunamente, devuélvase. — *Julio S. Vazquez* — *Eduardo Moliné O'Connor* — *Carlos S. Fayt* (en disidencia) — *Augusto César Belluscio* (en disidencia) — *Enrique Santiago Petracchi* (en disidencia) — *Antonio Boggiano* — *Guillermo A. F. López* — *Gustavo A. Bossert* (en disidencia) — *Adolfo Roberto Vázquez*.

Disidencia de los señores ministros doctores don *Augusto César Belluscio* y don *Gustavo A. Bossert*

1º) Que a fs. 1/124 vta. se presenta en forma directa ante este Tribunal el ingeniero Jorge Rodríguez, en su carácter de jefe de Gabinete de Ministros de la Nación, denunciando un supuesto conflicto de poderes suscitado con motivo de la decisión cautelar recaída en la causa "Nieva, Alejandro c/ Poder Ejecutivo Nacional — decreto 842/97", en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, mediante la cual se ordenó "al Poder Ejecutivo Nacional la suspensión de los efectos del decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante".

Al respecto, plantea la incompetencia del Poder Judicial para entender en cuestión toda vez que —sostiene— la función de control sobre los decretos —necesidad y urgencia estaría sometida a un procedimiento especial establecido por la Constitución, por lo que el Congreso Nacional sería el órgano competente. Solicita por ello, en función de lo establecido por el art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58, que se declare la incompetencia del Poder Judicial de la Nación para entender en la materia.

Subsidiariamente, plantea recurso extraordinario en forma directa, habiendo cuenta de la gravedad institucional y de la urgencia que atribuye al caso, queriendo la revocación de la medida cautelar dispuesta.

2º) Que si bien los actores, con carácter previo, desconocieron la legitimación activa del señor Jefe de Gabinete para presentarse en estos actuados, que se encontraría en juego el ejercicio de una prerrogativa exclusiva y suyente del señor Presidente de la Nación, cuya representación no fue in-

vocada, la clara improcedencia del planteamiento formulado hace innecesario examinar esa cuestión.

3º) Que el recurso extraordinario federal interpuesto en forma directa ante esta Corte es improcedente por las razones expuestas por el juez Fayt en la causa de Fallos: 313:863, a cuyos fundamentos corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

4º) Que en el voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor en la causa citada en el considerando anterior, y en la decisión mayoritaria de esta Corte en Fallos: 319:371, se ha sostenido la atribución de esta Corte de —fuera de los recursos establecidos por la Constitución y las leyes que la reglamentan— invalidar por falta de jurisdicción decisiones de jueces de primera instancia a las que se atribuye la alteración del equilibrio de funciones inherente a la forma republicana de gobierno.

5º) Que tal doctrina no se aviene con las normas constitucionales ni con las leyes que establecen los casos y modos de intervención de la Corte Suprema en los asuntos que no corresponden a su jurisdicción originaria y exclusiva.

En efecto, puesto que ni en los precedentes mencionados ni en el *sub lite* se trata de causas que susciten esa jurisdicción, la intervención de la Corte está limitada a "las reglas y excepciones que prescriba el Congreso" (art. 117 de la Constitución Nacional), y es obvio que el Congreso no ha dictado norma alguna que le permita declarar —fuera del marco de los recursos legales— la supuesta falta de jurisdicción de un juez. No la constituye el art. 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58, que se refiere a cuestiones de competencia y conflictos planteados en juicio entre jueces y tribunales que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, pues en el caso no existe otro tribunal que se haya atribuido la competencia asumida por la jueza de primera instancia. Negarla la Corte sin conflicto no implica resolver una cuestión de competencia sino excluir sin recurso legal la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación, lo que implica un modo indirecto de hacer lo que le está vedado, esto es, suprimir las instancias establecidas por el Congreso.

6º) Que los antecedentes mencionados en las causas citadas no avalan la intervención de la Corte para negar jurisdicción a un tribunal federal.

En Fallos: 201:245 declaró que violaba la garantía constitucional de inamovilidad de los jueces de la Nación el traslado dispuesto por el P.E. del señor juez federal de Santa Fe, doctor Salvador M. Dana Montaño, al Juzgado Federal de San Rafael, Mendoza.

En Fallos: 237:29, declaró que los actos cumplidos por el señor juez nacional de Paso de los Libres, doctor Víctor A. Guerrero en ejercicio de sus funciones, no podían ser sometidos al juzgamiento de una autoridad militar, la cual había pretendido indagarlo, ya que los jueces de la Nación sólo pueden ser juzgados o corregidos de acuerdo con lo prescripto por la Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia.

En Fallos: 241:50 rechazó el amparo demandado por el doctor José María Sagasta contra los actos del P.E. y del Senado de los que resultaba la designa-

ción de un reemplazante en el cargo de juez de cámara en el cual se desempeñaba "en comisión" por disposición del gobierno provisional, pues los actos de un gobierno de facto no podían condicionar a los del gobierno de *jure* que lo había sucedido.

En Fallos: 246:237, elevados los autos por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, se ordenó a las autoridades militares devolver al señor juez de Instrucción de la Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, reintegrándolas a la cárcel en la cual se encontraban a disposición de dicho magistrado, a personas indebidamente sustraídas por el Consejo de Guerra Especial de Córdoba, protegiendo así la jurisdicción del magistrado provincial.

En Fallos: 254:43 declaró que la función jurisdiccional no alcanza al modo de ejercicio de las atribuciones de los otros poderes en el ámbito de las facultades que les son privativas; pero lo hizo en el marco de un recurso extraordinario de apelación y en una causa en la cual se discutía la legitimidad de la cesantía de un empleado público.

En Fallos: 298:721, se atribuyó competencia para entender en una causa a un juez que no había sido parte en el conflicto planteado entre otros dos, lo mismo que en Fallos: 302:672.

En Fallos: 305:1502 resolvió una cuestión de competencia y dejó sin efecto el sobreseimiento dictado por uno de los jueces parte en la contienda antes de que ésta fuese dirimida.

En Fallos: 307:1779 anuló actuaciones llevadas a cabo por un juez de primera instancia en desmedro de pronunciamientos definitivos de la Corte dictados en ejercicio de su competencia constitucional y legal.

Y en Fallos: 307:1842 decidió una cuestión negativa de competencia.

Se puede apreciar, pues, que en los casos en que la Corte —como autoridad superior del Poder Judicial de la Nación— se pronunció sobre la jurisdicción de los tribunales lo hizo en defensa de ella o de los fueros de los magistrados. Solamente negó dicha jurisdicción en un caso en que se invadía la propia, lo que es perfectamente lógico, pues no habría cabido el planteamiento de una cuestión de competencia por inhibitoria que ella misma debía decidir por disposición de la ley.

7º) Que los antecedentes reseñados sólo indican que el Tribunal, en su carácter de órgano judicial supremo, ha defendido la jurisdicción de los jueces. De ello no es posible interpretar a *contrario sensu* que se encuentra igualmente habilitado para excluir dicha jurisdicción fuera de los recursos legales. La diferencia entre una y otra situación es obvia: en el primer caso el mencionado carácter legítima la protección de las atribuciones judiciales al margen de la vía recursiva; por el contrario, en el segundo no existe tal legitimidad en la intervención de la Corte, pues una eventual decisión en el sentido planteado por el peticionario importaría convalidar la exclusión del juez interviniente para proteger las facultades de otros poderes, actividad que sólo puede tener lugar mediante la decisión de un caso sometido regularmente a su competencia reglada.

8º) Que, sin perjuicio de que en cada situación en que se impugnan actos de otros poderes se deba examinar la existencia de un caso contencioso en el sentido del art. 2 de la ley 27, carece de sustento afirmar que los decretos dictados por el Poder Ejecutivo invocando razones de necesidad y urgencia sólo estén sujetos al control parlamentario establecido por la Constitución, y ello independientemente de que su aprobación o rechazo estén o no sometidos a tratamiento por parte del Congreso. De otro modo, se estaría consagrando una categoría de actos excluidos del examen constitucional que corresponde a esta Corte y a los tribunales inferiores, consagrándose el absurdo de que una ley pudiera ser invalidada por el Poder Judicial por atentar contra la Constitución, lo mismo que un decreto u otro acto administrativo del Poder Ejecutivo, pero no el decreto de necesidad y urgencia. Bastaría atribuirle esa categoría para impedir el juzgamiento de su constitucionalidad, la que nunca podría tener lugar si el Congreso no lo ratificara ni desechara.

9º) Que, por tanto, al configurarse el supuesto precedentemente indicado, no es la actividad de la juez de primera instancia —independientemente de su acierto o error, que sólo pueden ser examinados mediante una apelación regularmente deducida— sino la de la Corte la que rompería el equilibrio de poderes que asegura la Constitución, ya que implicaría una renuncia a su misión fundamental de intérprete de la Ley Fundamental mediante la creación de un tipo de actos que estarían excluidos, aunque fuese temporalmente, del control constitucional que corresponde al Poder Judicial de la Nación (arts. 3 y 4 de la ley 27).

Por ello, se rechaza la petición de fs. 1/124. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese. —Augusto César Belluscio.— Gustavo A. Bossert.

Disidencia del señor ministro doctor don Carlos S. Fayt

Considerando:

1º) Que el señor jefe de Gabinete de Ministros de la Nación se presentó ante esta Corte planteando la "incompetencia y carencia de jurisdicción del magistrado interviniente en este caso" en los términos del art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58 e interponiendo, en forma subsidiaria, "recurso extraordinario directo" por provocarle gravamen irreparable la resolución del juez de primera instancia "en una cuestión de indudable naturaleza federal y fuerte gravedad institucional".

2º) Que, para la mejor decisión de la causa, resulta necesario reseñar las circunstancias más relevantes del *sub judice*. En efecto, un grupo de legisladores promovió acción de amparo contra los decretos 375/97 y 500/97 del Poder Ejecutivo Nacional que llamaron a licitación pública para otorgar la concesión de la explotación, administración y funcionamiento de distintos aeropuertos del país. Esta demanda prosperó en las dos instancias anteriores y, contra la sentencia de la cámara, la demandada dedujo recurso extraordinario, cuya sustanciación se encuentra en trámite.

3º) Que el Poder Ejecutivo, ponderando que al ponerse en ejecución los citados decretos "empezaron a surgir trabas y cuestionamientos de algunos legisladores, del señor Defensor del Pueblo y de particulares, que no han merituado en su totalidad el emprendimiento realizado, así como la transparencia, objetividad y publicidad de las operaciones a realizarse, sumergiendo al Estado en la suspensión momentánea del procedimiento en trámite" y "a los efectos de asegurar el procedimiento licitatorio oportunamente convocado", en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional dictó, por resultar "tanto urgente como necesario", el decreto 842/97 que aprobó los dos decretos antes citados.

4º) Que los mismos actores, entonces, demandaron el dictado de una medida cautelar autónoma —pedido al que adhirió el Defensor del Pueblo de la Nación que fue citado en los términos del art. 90, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— que fue estimada, ordenándose al Poder Ejecutivo Nacional que "suspenda los efectos del decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante". Frente a este pronunciamiento, aquéllos promovieron una acción ordinaria persiguiendo la anulación del mencionado decreto y la demandada dedujo recurso de apelación contra la decisión cautelar, que se encuentra sustanciándose ante la cámara respectiva.

5º) Que el jefe de Gabinete de Ministros de la Nación, reclama la intervención de esta Corte sobre la base de dos argumentos: que se ha planteado un conflicto de competencia que debe decidirse según lo establecido por el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58 y que no existe obstáculo en resolver el recurso extraordinario, subsidiariamente interpuesto, pese a que la decisión cuestionada no proviene de una cámara de apelación.

6º) Que, con relación a la primera cuestión, sostuvo que a este Tribunal "le incumbe resolver diferendos de competencia entre los tribunales más diversos, sean federales o provinciales" pero esa función lo "obliga a decidir no sólo en un sentido positivo, es decir atribuyendo competencia a quien la tiene, sino también en un sentido negativo, o sea negando la competencia si la misma no existe". Así —subrayó— "tiene a su cargo la obligación de preservar el correcto ejercicio de la función judicial y ello se extiende naturalmente a determinar cuándo un tribunal es competente y cuándo no lo es, aún cuando el conflicto se haya tratado con un órgano no judicial. De ello depende —concluyó— la independencia del Poder Judicial, pues tan amenazada está esta última cuando otro poder avanza sobre aquél como cuando un órgano judicial ingresa en una zona que le es ajena".

7º) Que el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58 establece —en lo que aquí importa— que la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocerá "de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido".

8º) Que resulta claro que la cuestión de autos lejos está de configurar alguno de los conflictos a que hace referencia el precepto transcripto, pues ni hay jueces o tribunales que disputen entre sí, ni alguno de éstos que lo haga con organismos administrativos que ejerzan facultades jurisdiccionales, como lo ha reconocido esta Corte (Fallos: 313:1242, disidencia de los jueces Carlos S. Fayt, Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor). Por el contrario, se ha desafiado la constitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional y un juez de primera instancia, encontrando reunidos los requisitos necesarios para el dictado de una medida cautelar, lo ha hecho, impidiéndole a aquél ejecutarlo.

9º) Que desechada esa idea, menos aún, puede reconocerse que un magistrado del Poder Judicial de la Nación "en abierto apartamiento de su competencia, ha alterado el equilibrio de funciones inherentes a la forma republicana de gobierno". Antes bien, como ha señalado esta Corte desde sus albores, es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes —o, como en el caso, los actos del Poder Ejecutivo— en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (Fallos: 33:162).

10) Que, cabe añadir que se incurre en el insólito anacronismo de presentar como una cuestión de incompetencia de los jueces, la atribución que tienen para revisar las leyes y decretos y su condición de guardianes de la Constitución y se invoca la existencia de un imaginario campo de tensiones en forma de un conflicto potencial entre los tribunales, el presidente y el Congreso. Se incurre, de este modo, en la incongruencia de atribuir supremacía al Poder Ejecutivo quien, en ejercicio de su facultad de legislar por decretos de necesidad y urgencia, estaría por arriba de la potestad legislativa del Congreso y, naturalmente, del Poder Judicial.

Esta abrasión del pasado, margina de la historia el hecho de que en Filadelfia, en 1787, los americanos del norte, al establecer la justicia federal y, en particular, la Suprema Corte, establecieron la más significativa de las creaciones constitucionales dentro de la teoría del Estado Moderno, asignándoles las funciones de custodios de la Constitución con el consiguiente poder, reconocido explícitamente en 1803, de invalidar leyes y decretos.

11) Que, el propio Hamilton reconoció en "El Federalista", que la prerrogativa de los tribunales de justicia de revisar e interpretar las leyes y decretos y declarar nulos los actos contrarios a la Constitución, no implica preeminencia del Poder Judicial sobre los otros dos poderes, sino la superioridad de la Constitución sobre todos los poderes del gobierno. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Los tribunales tienen por misión mantener a los poderes del gobierno dentro de los límites que la Constitución

tución establece, velando por su plena vigencia. En caso de conflicto entre la Constitución y las leyes y decretos, los tribunales deben preferir la Constitución porque es la Ley Suprema de la organización jurídico-política de la Nación.

Lo que está en juego, en definitiva, no es una cuestión de superioridad entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo o el Ejecutivo, sino entre la soberanía del pueblo y los actos propios de uno de los poderes creados por la Constitución, esto es, un conflicto entre la norma fundamental y las normas secundarias que le están subordinadas. La Constitución, por consiguiente, tiene supremacía sobre todos los poderes; es superior a todas las leyes que pueda dar el Congreso y los decretos que pueda dictar el Poder Ejecutivo, ya a ella deben los jueces ajustar sus decisiones (Hamilton, "El Federalista", F.C.E., México, 1957, págs. 331/2; Story "Comentarios", libro III, Poder Judicial de los Estados Unidos, Bs. As., págs. 2/5; Dalmacio Vélez Sarsfield, "Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires", 1958).

12) Que, consecuentemente y sobre la base de lo expuesto, corresponde desestimar el planteo efectuado por la demandada, en tanto no se ha configurado conflicto alguno que deba ser resuelto por el Tribunal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 24, inc. 7º, del decreto ley 1285/58 sino que, por el contrario, se ha planteado un caso en que se requiere que los jueces ejerzan la más primaria de sus funciones: velar por la supremacía de la Constitución Nacional.

13) Que, el segundo argumento, desarrollado por la demandada para justificar el conocimiento de esta Corte en un recurso extraordinario deducido contra el pronunciamiento de primera instancia, se apoya en la jurisprudencia elaborada a partir del caso registrado en Fallos: 313:863, "José Roberto Dromi (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación)". Manifestó, en este sentido, que se reúnen los dos recaudos exigidos por aquella, esto es, la existencia de gravedad institucional y la necesidad de que se concluya, expedita y definitivamente, la cuestión, en tanto se ha demostrado que el uso de las restantes vías procesales intermedias "conspira contra la protección de los intereses que se intentan tutelar".

14) Que según la demandada la gravedad institucional en el caso "surge por sí misma, y con la fuerza evidente de la situación planteada" porque, por un lado la decisión cuestionada "interrumpe el proceso de concesión de ciertos aeropuertos que se ha considerado, por el Poder Ejecutivo Nacional y por el Congreso... como el medio apropiado y posible para corregir los graves defectos que afectan a nuestro sistema aeroportuario y llevarlo a las condiciones de funcionamiento adecuadas a las necesidades de seguridad y eficiencia que exigen el actual, y creciente, tráfico aéreo" y, por otra, porque "imposibilita al Poder Ejecutivo hacer uso de la facultad constitucional de dictar 'decretos de necesidad y urgencia' —al condicionarlos a la existencia de la Comisión Bicameral prevista en el art. 99 inc. 3 de la Constitución— con lo cual deja en manos del Congreso —que puede nunca sancionar la ley reglamentaria indicada en aquella norma— la posibilidad misma del ejercicio por el Ejecutivo de dicha competencia constitucional".

15) Que el planteo de la demandada no autoriza la intervención de esta Corte *per saltum*, para lo cual basta con remitirse a las consideraciones efectuadas en Fallos: 313:863 (disidencia del juez Fayt); no obstante, aun con apoyo en los fundamentos del voto de la mayoría, la solución no se modifica. Si, como ésta dijo, el requisito del superior tribunal de la causa podía ser exceptuado "sólo en las causas de la competencia federal, en las que con manifiesta evidencia sea demostrado por el recurrente que entrañan cuestiones de gravedad institucional—entendida ésta en el sentido más fuerte— que le han reconocido los antecedentes del Tribunal" y ésta se ha entendido configurada cuando se encuentran comprometidas las instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973, considerando 10º), o las instituciones fundamentales del país (Fallos: 238:391, voto de la mayoría) o, las bases mismas del Estado (Fallos: 306:250, considerando 4º), puede concluirse sin dificultad que la situación planteada en autos mal puede subsumirse en alguno de dichos supuestos.

16) Que, asimismo, debe recordarse que en Fallos: 313:1242, los jueces que aceptaron el *by pass* en Fallos: 313:863, señalaron que la doctrina de este último no había tenido el propósito de arbitrar caminos procesales transitables por todo litigante que pretenda, sin más, obtener una rápida definición de su litigio mediante un pronunciamiento del tribunal más alto de la república y que su objeto no era elaborar un medio adjetivo para superar dificultades, angustias o trastornos, aun serios, que pudieran producirse en un proceso hasta su definitivo juzgamiento.

17) Que, en este marco, las circunstancias de la causa revelan qué aguardar la decisión del recurso de apelación por la cámara y, eventualmente, particular contra aquella los demás recursos admisibles, sólo podría postergar la ejecución del decreto cuestionado, pero esa dilación—with relación a las fechas fijadas por ella misma para el cumplimiento de las distintas etapas del procedimiento licitatorio—no autoriza a prescindir de las debidas instancias procesales ni convierte el recurso extraordinario en "el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido" (Fallos: 313:863; considerando 10, voto de la mayoría).

18) Que, aunque lo que se lleva dicho es suficiente para decidir el rechazo de la presentación examinada, el sentido de la decisión de la mayoría de esta Corte permite pronunciarse sobre otros puntos que descubren la gravedad de la fractura al orden constitucional que trasuntan los decretos enjuiciados. En efecto, la Constitución dispone en el art. 99, inc. 3º que el Poder Ejecutivo "no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos... para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros y deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros". Esta única excepción a la prohibición de legislar, impuesta por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, está condicionada, por consiguiente, a la existencia de circunstancias excepcionales, propias de

un estado de necesidad, que exijan medidas de urgencia que deban adoptarse, en un tiempo menor al que requiere al Congreso la sanción de las leyes. Además, el decreto, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, debe ser sometido dentro de los diez días subsiguientes, a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente, la que también en el plazo de diez días, elevará su despacho al plenario de cada cámara para su expreso tratamiento, el que, de inmediato considerarán las cámaras. En consecuencia, el decreto 842/97 que dictó el Poder Ejecutivo, que aprobó los decretos 375/97 y 500/97, por los que llamó a licitación pública para otorgar la concesión de explotación, administración y funcionamiento de distintos aeropuertos del país, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional, calificándolo tanto "urgente como necesario", no pudo válidamente ser emitido, por no haber sancionado el Congreso, la ley especial que determina la Constitución regulando el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, ni haberse producido en la Nación, las circunstancias excepcionales que hagan imposible que aquel Congreso legisle sobre el destino de los aeropuertos.

19) Que esta Corte en Fallos: 313:1513 y en ausencia de norma expresa, determinó las condiciones necesarias para que el Poder Ejecutivo pudiera dictar normas constitucionalmente válidas. Esas condiciones, fueron incorporadas tras la reforma de 1994, dotando al Poder Ejecutivo —de modo excepcional— de facultades legislativas para hacer frente a situaciones límites o a peligros de efectos catastróficos. Pero la necesidad que justifica la excepcionalidad de la acción legislativa, que la Constitución confiere al Poder Ejecutivo, es la de preservar la vida misma de la Nación y el Estado. Esto no implica —como se dijo en el citado caso de Fallos: 313:1513— subordinar el fin a los medios, preferencia axiológica que es conocida fuente de los peores males que puede padecer la sociedad, pero sí hacer posible la adopción de medidas que de otro modo, todo otro remedio en la materia podría resultar ineficaz; y cuya conveniencia y acierto es materia extraña a la valoración judicial, pero no si la legislación en cuestión violenta el texto constitucional y ha sido dictada a extramuros de los distintos elementos condicionantes de su validez y vigencia.

20) Que corresponde señalar que, a la luz de las circunstancias del caso, el Poder Ejecutivo no logra demostrar la necesidad y urgencia de otorgar la concesión de los aeropuertos, toda vez que su control operacional seguirá a cargo de la Fuerza Aérea Argentina, y la cuestión de su privatización se encuentra en la sede del Congreso de la Nación. Más aún, como es de público y notorio conocimiento, el proyecto tiene dictamen favorable de las comisiones de presupuesto y hacienda y de transporte de la Cámara de Diputados. No existiendo, por tanto, circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes. Por último, debe tenerse en cuenta que al establecer la excepcionalidad de emitir disposiciones legislativas conferida al Poder Ejecutivo, la Constitución condicionó la validez y vigencia de tales actos legislativos a su contralor por el Congreso. Sin la ley especial que lo regule ni la Comisión Bicameral que lo recepte y dictamine sobre su procedencia, el acto del Poder Ejecutivo —como se dijo— carece de la fuerza normativa que pretende.

21) Que, finalmente, el Tribunal juzga prudente añadir —ante expresiones que califican la situación como de clara invasión del Poder Judicial en la zona de reserva de los otros poderes— que el interés mayor y perdurable que compromete la decisión de autos, es asegurar el normal funcionamiento de las instituciones legales, con el consiguiente afianzamiento de la confianza pública en ellas, antes que destrabar con impaciencia una circunstancial dificultad del Poder Ejecutivo, cuya solución dentro de la legislación vigente no se avizora —como se expuso— en modo alguno como imposible.

Porello, y oido el Procurador General, se rechaza la presentación efectuada. Notifíquese y archívese; previa devolución de los autos principales. —  
Carlos S. Fayt.

Disidencia del señor ministro doctor don Enrique Santiago Petracchi

Considerando:

1º) Que varios diputados nacionales interpusieron una acción de amparo con el propósito de obtener la declaración la nulidad de los decretos 375/97 y 500/97 del Poder Ejecutivo Nacional, dictados con invocación del art. 99, incs, 1º y 2º, de la Constitución Nacional. El Defensor del Pueblo de la Nación fue citado en el pleito y adhirió a lo peticionado por los actores.

En el primero de los citados decretos (375/97), se dispuso: a) llamar a licitación pública nacional e internacional para otorgar la concesión de la explotación, administración y funcionamiento, de un grupo —sujeto a ampliación— de veintiocho aeropuertos públicos; b) establecer los requisitos mínimos que debían ser observados en el proceso licitatorio; c) constituir el Sistema Nacional de Aeropuertos, creando en el ámbito del Poder Ejecutivo el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos; d) establecer la composición, funciones, recursos y competencia del citado organismo regulador; y e) aprobar un cronograma según el cual el traspaso definitivo al adjudicatario debía tener lugar el 22 de septiembre de 1997.

En el decreto 500/97 se incrementó en ocho el número de aeropuertos sujetos a concesión y se aprobó el pliego de bases y condiciones y el modelo de contrato de concesión para la licitación dispuesta por el decreto 375/97.

2º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de amparo. La cámara consideró que, en virtud de lo prescripto por el art. 42, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, el Congreso es el único competente para fijar los marcos regulatorios de los servicios públicos y los procedimientos para la prevención y solución de conflictos. Por tanto, entendió que con los decretos 375/97 y 500/97 el Poder Ejecutivo había excedido los límites de sus facultades, invadiendo las del Poder Legislativo, especialmente porque el primero de tales decretos creó el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, "asignándole competencia específica comprensiva de la resolución de toda controversia que se

suscite entre personas físicas y jurídicas con motivo de la administración y/o explotación del Sistema Nacional [de aeropuertos]" (fs. 210/220 del expte. 7154/97).

3º) Que, pese a que contra esta decisión judicial fue interpuesto recurso extraordinario, el Poder Ejecutivo dictó —al día siguiente de firmada la sentencia de la cámara— el decreto "de necesidad y urgencia" 842/97. El art. 1º del mencionado decreto estableció: "Apruébanse los decretos Nros. 375 del 24 de abril de 1997 y 500 del 2 de junio de 1997". A su vez, se aprobaron los actos dictados como consecuencia de los citados decretos (art. 2º) y se resolvió dar cuenta al Congreso de la Nación "en virtud de lo dispuesto en el art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional" (art. 5º).

4º) Que, a raíz de esto, un grupo de diputados nacionales, compuesto sustancialmente por los mismos que habían deducido el amparo anterior, requirió una medida cautelar autónoma que suspendiera la aplicación del mencionado decreto 842/97. Nuevamente el Defensor del Pueblo adhirió a esta petición, en los términos del art. 90, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 27/34 y 40/47 del expte. 18.504/97).

La señora juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 5, acogió la petición y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la suspensión de "los efectos del decreto 842/97 y/o los de otra reglamentación concordante".

Como fundamentos de su decisión puso de relieve, por una parte, que ya existía en el seno del Congreso un proyecto de ley (aprobado por el Senado) que regulaba la materia abordada por el Poder Ejecutivo en sus decretos y, por la otra, que de los arts. 42 de la Constitución Nacional y 8º y 9º de la ley 23.696 se desprendía la exclusiva competencia legislativa para regular la aludida materia. Señaló, además, que la ausencia de la ley a la que remite el art. 99, inc. 3º, de la Ley Fundamental, impedía el dictado de decretos de necesidad y urgencia (fs. 57/58 del expte. 18.504/97).

Contra este fallo, el Poder Ejecutivo interpuso recurso de apelación ante la cámara y, al mismo tiempo, se presentó directamente ante esta Corte (fs. 84 del expte. 18.504/97 y 38/124 de estos actuados).

5º) Que en esta última presentación postuló dos vías de acceso a la jurisdicción del Tribunal. En primer lugar, sostuvo que la actitud del grupo de legisladores importaba trasladar una decisión de exclusiva competencia legislativa al ámbito del Poder Judicial. Afirmó que no existía caso judicial y que el acogimiento de la medida cautelar se traducía, por tanto, en un conflicto de poderes que, en virtud del art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, compete a esta Corte solucionar.

En segundo término, planteó subsidiariamente recurso extraordinario *per saltum* "habida cuenta de la gravedad institucional y de la urgencia existentes en este caso".

6º) Que la primera de las vías indicadas remite al art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467 —que encuentra sus antecedentes

en los arts. 9º de la ley 4.055 y 24, inc. 8º, de la ley 13.998 (confr. Fallos: 246:87)— norma que establece: "La Corte Suprema de Justicia conocerá [...] de las cuestiones de competencia y los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos, salvo que dichas cuestiones o conflictos se planteen entre jueces nacionales de primera instancia, en cuyo caso serán resueltos por la Cámara de que dependa el juez que primero hubiese conocido. Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia".

Pese al sentido literal de la norma, el Tribunal ha entendido que ésta lo habilita a conocer los conflictos que se susciten entre jueces o tribunales judiciales y funcionarios u órganos administrativos *con facultades jurisdiccionales, con motivo del ejercicio de estas últimas*. En esos supuestos, la Corte sostuvo la equiparación de tales conflictos a aquéllos a los que alude expresamente el precepto transcripto:

La lista de precedentes en los que se aplicó este criterio es vasta. Valgan como ejemplo algunos casos en que se trataba de contiendas entre jueces y la autoridad aduanera (Fallos: 244:489; 265:321; 275:447; 281:277; 302:691; 303:1506); entre jueces y tribunales u organismos militares (Fallos: 247:436; 250:604; 279:40); entre jueces y el tribunal del mercado de abasto (Fallos: 264:217; 283:241); entre jueces y el tribunal fiscal (Fallos: 264:63; 268:302; 269:410; 275:331); entre un juez y la Procuración del Tesoro (Fallos: 295:651); entre jueces y tribunales paritarios (Fallos: 237:285).

En todos estos casos —y en otros sustancialmente análogos— los funcionarios u organismos administrativos comprometidos en una contienda con organismos del Poder Judicial, ejercían algún grado de facultad jurisdiccional. Por ello la Corte equiparó esa situación a aquella que se presenta en el conflicto de competencia entre jueces *stricto sensu*.

7º) Que con lo dicho se advierte que —sea cual fuere la naturaleza del conflicto que denuncia el Poder Ejecutivo— no se está frente a uno de los supuestos que habilita la intervención de esta Corte, según el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58. En efecto, casi es innecesario decir que no existe un conflicto entre jueces. Pero debe subrayarse que tampoco es el caso de una contienda entre un tribunal judicial y un organismo administrativo *con facultades jurisdiccionales, con motivo del ejercicio de éstas*. Ni el Poder Ejecutivo —al dictar el decreto 842/97— ni el Congreso de la Nación, en la hipótesis de una eventual consideración de aquél, han ejercitado (o lo harán en el futuro), atribuciones de tipo jurisdiccional, a cuya existencia está supeditada —como queda dicho— la intervención de la Corte por esta vía.

8º) Que tampoco las pretensiones del jefe de Gabinete de Ministros encuentran sustento —como lo pretende el recurrente— en la doctrina de los "poderes implícitos" que le asisten al Tribunal en tanto cabeza del Poder Judicial de la Nación. En efecto, se ha recurrido a la aludida doctrina en supuestos en que era necesaria la intervención de esta Corte para salvaguardar la jurisdicción de los tribunales nacionales frente a la intromisión que preten-

dían concretar órganos pertenecientes a otros poderes del Estado (confr. Fallos: 241:50; 256:114, 208: 259:11; 286:17 y 301:205, entre otros).

En el *sub examine* el jefe de gabinete ha cuestionado la decisión de una jueza de la Nación por la cual se ha resuelto suspender —de modo cautelar— la aplicación de un decreto del P.E.N., por estimarlo *prima facie* inconstitucional. Nada hay en tal situación que autorice a aplicar la doctrina reseñada en el párrafo precedente ni a sortear —como requiere el peticionario— el régimen de recursos previstos en la legislación procesal nacional.

9º Que tampoco cabe admitir la pretensión referente a que el Tribunal conozca por la vía del *persaltum*. En efecto, si bien esta Corte en el precedente "Dromi" (Fallos: 313:863) ha aceptado tal modo de acceso a su jurisdicción apelada, lo ha hecho a condición de que existan cuestiones federales que exhiban inéquitivas y extraordinarias circunstancias de gravedad y que se demuestre con total evidencia que la necesidad de su definitiva solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general (considerando 5º). Con más precisión, en el precedente "Antonio Erman González" (Fallos: 313:1242), ha remarcado que la procedencia del *per saltum* sólo era admisible en causas de competencia federal en las que con manifiesta evidencia sea demostrado por el recurrente que entrañan cuestiones de gravedad institucional —entendida ésta en el sentido más fuerte que le han reconocido los antecedentes del Tribunal— y en las que, con igual grado de intensidad, sea acreditado que el recurso extraordinario constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal comprometido (considerando 4º).

10) Que las manifestaciones contenidas en la presentación *persaltum* no demuestran en modo alguno que se encuentren reunidas en el *sub examine* las especiales condiciones que el Tribunal ha exigido en los precedentes citados.

En efecto, con relación al requisito de la gravedad institucional el apelante simplemente afirma que ella "surge por sí misma, y con la fuerza evidente de la situación planteada" (fs. 83 vta.). La sola mención de que "los graves defectos que afectan a nuestro sistema aeroportuario" serían corregidos mediante las concesiones suspendidas por la resolución impugnada (ídem), nada agrega y, en consecuencia, resulta insuficiente para acreditar dicha gravedad institucional.

Menos aún ha demostrado el recurrente la imprescindible urgencia de una decisión definitiva dictada por esta Corte. El argumento central con el que se pretende justificar el cumplimiento de tal requisito, consiste en el estado actual de "la infraestructura aeroportuaria del país" y su "sensible atraso respecto de las exigencias y recomendaciones emanadas de los tratados internacionales en la materia" (fs. 104). Asimismo, se agrega: "de no concretarse las inversiones previstas [por el Poder Ejecutivo]...ello conllevaría la cesación total de actividades de varios de esos aeropuertos, al no reunir las condiciones de seguridad mínimas exigibles" (fs. 104 vta./105).

El estado de cosas que se aduce no autoriza a recurrir al salto de una instancia procesal. En efecto, la resolución de primera instancia —que concedió

una medida cautelar— había sidoapelada ante la cámara y, por tanto, era previsible que la resolución de dicha apelación y, por hipótesis, de un recurso extraordinario, conllevara un tiempo de tramitación reducido.

Cierto es que, por secretaría N° 4 de la Corte, fueron requeridos, entre otros, los autos "Nieve, Alejandro y otros c/ P.E.N. — dto. 842/97 s/ medida cautelar (autónoma)", expediente N° 18.504/97 y, con ello, se alteró el normal desarrollo de la apelación interpuesta contra el pronunciamiento de primera instancia. Ello sucedió, sin embargo, por virtud de la presentación directa del jefe de gabinete. Por tanto, los retrasos que esa medida comportó no son determinantes para la evaluación del requisito de la "urgencia", pues sólo responden a la actividad procesal desarrollada por el propio peticionario.

11) Que, por otra parte, con especial referencia al cronograma dispuesto —y varias veces modificado por el Poder Ejecutivo— tampoco puede extraerse la existencia de "gravedad" ni de "urgencia", puesto que se trata de las consecuencias de un accionar del poder administrador que, justamente, es el que los actores han puesto en tela de juicio.

12) Que párrafo aparte merece la pretensión de habilitar la intervención de esta Corte con sustento en lo resuelto por la mayoría en Fallos: 319:371, doctrina que es reiterada por la decisión que hoy se toma.

Con invocación de aquella, el Tribunal nuevamente se arroga la facultad de dejar sin efecto fallos de tribunales nacionales, sin que a ello lo habilite norma constitucional o legal alguna.

El citado precedente, que no ahorra palabras al momento de explicar qué es lo que la Corte "no hace" al fallar, omite dar razones para justificar qué es lo que, en verdad, la Corte "hace" al dictar su pronunciamiento.

En efecto, como en el propio fallo, *in re: "U.O.M."* se reconoce, no se trata del ejercicio de la jurisdicción originaria (definida por el art. 117 de la Constitución Nacional), ni de la jurisdicción apelada (que regla el Congreso a tenor de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional). Tampoco de la resolución de conflictos como los previstos en el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/57, ni del ejercicio de "poderes implícitos" del Tribunal (confr. *supra*, considerandos 6º, 7º y 8º). Menos aún, del ejercicio de los poderes conferidos por el art. 113 de la Ley Fundamental.

Es evidente, entonces, que bajo el ropaje de una creación pretoriana —denominada "facultad administrativa o de superintendencia vinculada *lato sensu* al imperativo constitucional de afianzar la justicia" (considerando 9º de "U.O.M.")— se agita la singular facultad de interferir en el ejercicio regular de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales. Ello equivale —ni más ni menos— a la destrucción del "control difuso de constitucionalidad" que caracteriza a nuestro sistema, para sustituirlo por uno en el cual la mayoría de esta Corte, cada vez que el ejercicio de aquel control no le satisface, saltea las instancias regulares para negar la competencia del órgano que lo ejerció.

Por ello, oído el señor Procurador General, se desestima la presentación directa. Hágase saber, devuélvanse los autos principales al tribunal de origen y, oportunamente, archívese. —*Enrique Santiago Petracchi.*

### CASO "CARLOS SANTIAGO FAYT V. NACIÓN ARGENTINA"

(Fallos: 322:1616)

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

—I—

A fs. 1/21, el doctor Carlos S. Fayt inició la acción prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de obtener que se declare la nulidad, en los términos de la ley 24.309, de la reforma introducida por el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero del nuevo texto de la Constitución Nacional al art. 86, inc. 5º, del texto de 1853/60, que importa, a su entender, una restricción no habilitada a la garantía de la inamovilidad que consagra el art. 110 del actual texto constitucional (anterior art. 96) en cuanto establece que un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier juez, una vez que cumpla la edad de setenta y cinco años.

Justificó la procedencia de la vía elegida sobre la base de la doctrina de la Corte que indica que la acción declarativa tiene una finalidad preventiva y no requiere un daño consumado, situación que se configuraría en la especie, desde que la norma cuestionada afecta los intereses de su parte, en forma ilegítima, al vulnerar la garantía de inamovilidad, sin que sea obstáculo para ello que la nueva previsión constitucional difiera su aplicación en el tiempo, de conformidad con lo previsto con la Disposición Transitoria Undécima, porque la sola limitación de la garantía alegada perturba el normal ejercicio del cargo para el que fue designado.

Dicho extremo resulta de su nombramiento como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las facultades otorgadas por el art. 86, inc. 5º de la Constitución Nacional de 1853-60, mediante el Decreto N° 258 del 22 de diciembre de 1983, una vez prestado el acuerdo por el Senado de la Nación, cargo que actualmente desempeña.

Fundó su pretensión, en síntesis, en los siguientes puntos:

a) debido a su cargo, goza de la estabilidad vitalicia que el originario art. 96 de la Constitución Nacional —hoy art. 110— asegura a los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores, sin limitación alguna;

b) el art. 96 de la Constitución Nacional no se encontraba entre los temas habilitados a tratar por la Convención Constituyente que sesionó en 1994;

c) los arts. 2º y 3º de la ley 24.309, que fijaron la competencia de la Convención, no autorizaron en parte alguna —implícita o explícitamente— a modificar el citado art. 96 de la Constitución Nacional, que pasó a revistar como art. 110 de la Constitución reformada;

d) ello tampoco se desprende del denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas", cuyo contenido expresa la finalidad, sentido y alcance de la reforma que habilita el art. 2º de la ley 24.309;

e) la Convención de 1994 exorbitó sus facultades pues, como estableció el art. 4º de la ley 24.309 que ésta "se reunirá con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para el debate, conforme lo establecido en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración";

f) ese vicio fue denunciado reiteradamente en el seno de la misma Convención, entre otros, por los convencionales Monés Ruiz, Iván José María Cullen, Maeder, Martínez Llano, etc.;

g) en nuestro ordenamiento, de acuerdo con el art. 30 de la Constitución Nacional, es el Congreso quien delimita el ámbito de actuación de la Convención reformadora, pues ejerce en forma exclusiva la función preconstituyente, al declarar la necesidad de reformar la ley Fundamental y, consecuentemente, detallar las cláusulas a revisar;

h) la tradición argentina y norteamericana no admite la soberanía absoluta de las convenciones reformadoras y la Corte Suprema de Justicia así lo reconoció en la causa "Ríos, Antonio", del 2 de diciembre de 1993 (Fallos: 316:2743);

i) la Convención Constituyente es autónoma para pronunciarse positiva o negativamente sobre la reforma propuesta pero nada más. Si excede esas facultades, la reforma es inconstitucional y es a los jueces a quienes se ha confiado la tarea de velar por la integridad de la Constitución y declarar tal inconstitucionalidad;

j) más allá de esa posibilidad genérica, en el caso, tal conclusión tiene apoyo legal en lo dispuesto por el art. 6º de la ley 24.309 que declara "nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración";

k) no obstante la imposibilidad de modificar el contenido del antiguo art. 96 de la Constitución Nacional —en contradicción con los grandes objetivos programados— la reforma de 1994 vino a afectar, en realidad, uno de los mecanismos de protección de la forma republicana de gobierno;

l) la independencia del Poder Judicial es resguardada, por el sistema constitucional argentino, mediante la inamovilidad de los jueces y la irreducti-

bilidad de sus remuneraciones. A su entender, estas "garantías de garantías", preservan a los jueces de las injerencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y les aseguran la independencia objetiva y subjetiva necesarias para desempeñar sus funciones. Esto las convierte no sólo en valiosas y fundamentales para la organización social y política de la Nación, sino, también, en piedras angulares, de valor talismánico, para la vida institucional de la República y su incolumidad debe ser considerada por los jueces como el más esencial de sus deberes;

m) en conclusión, la norma atacada, no obstante su incorporación al art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional, modifica al antiguo art. 96 (actual 110). Ello, por cuanto la "caducidad de los nombramientos" o su "duración limitada" de acuerdo a los propios términos de la Disposición Transitoria Undécima, lejos de alterar el contenido de las atribuciones presidenciales previstas en el citado art. 99, afecta de modo directo la norma del art. 110, en cuanto establece la inamovilidad de los jueces, precepto cuya modificación no se encontraba habilitada.

n) en definitiva, puede afirmarse que, so pretexto de una reforma habilitada —creación de un organismo nuevo que intervendría en la designación y remoción de los jueces federales inferiores—, se alteró algo claramente diverso, esto es, la inamovilidad de todos los magistrados, incluidos los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no obstante que ese nuevo órgano no participa ni en la designación ni en la remoción de éstos últimos.

## II

El Procurador del Tesoro de la Nación contestó la demanda a fs. 39/53, en representación del Estado Nacional.

Sostuvo, ante todo, que la vía elegida por el actor no es adecuada, toda vez que la declaración judicial que persigue es la nulidad de una norma y que la acción de nulidad es básicamente una acción de condena, propia de un juicio ordinario y de conocimiento pleno, conclusión que se vigorizó en el caso, pues dicha parte invoca la aplicación del art. 6º de la ley 24.309, que establece un régimen de nulidad propio y específicamente dirigido al resultado de la tarea de la Convención Nacional Constituyente.

Dijo que tampoco se reúnen los requisitos de procedencia de la acción declarativa exigidos por la Corte Suprema de Justicia. En primer lugar, porque no demuestra la afectación directa que se deriva de la norma cuestionada, toda vez que ésta, en virtud de la Cláusula Transitoria Undécima de la Constitución Nacional, todavía no se encuentra en vigor y, en segundo término, porque se desconoce si cuando ello suceda o, inclusive, al emitirse el fallo, se encontrarán reunidos los presupuestos de hecho que permitirían inferir la existencia de algún daño, esto es, si el Poder Ejecutivo no habrá remitido el pliego del actor al Senado de la Nación o, incluso, si ese cuerpo no le habrá otorgado un nuevo acuerdo. Por lo demás, adujo que la perturbación en el normal ejercicio del cargo invocada por el actor resulta insuficiente para demandar.

En forma subsidiaria, sostuvo que la Convención Nacional Constituyente no se apartó de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de la ley 24.309, pues su art. 2º habilitó expresamente para su reforma lo relativo a la designación de los jueces federales, incluidos los de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la citada norma dispone que "La Convención Constituyente podrá: a) Modificar los siguientes artículos..."; y en la enumeración que sigue incluye al art. 86, inc. 5º del antiguo texto constitucional, que otorgaba al Presidente la atribución de nombrar los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales inferiores, con acuerdo del Senado. Y más adelante, dentro del denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas", en el punto "I. Designación de los Magistrados Federales", plantea diversas alternativas para los casos de los jueces de la Corte Suprema, de los demás jueces y aún de los magistrados de la Ciudad de Buenos Aires.

Señaló que especial mención merece el último párrafo del art. 2º, punto I, al indicar, como procedimiento sugerido para la implementación de las modificaciones relativas a la designación de los jueces, la reforma del art. 86, inc. 5º de la Constitución Nacional, en cuanto agrega que "...quedan sujetas a la decisión de la Convención Constituyente", cuestión que fue definida en sus alcances por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente por el yoto en disidencia del propio doctor Fayt en Fallos: 317:711.

Aseguró que el art. 3º de la ley 24.309 habilitó expresamente la discusión y la actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional previstas en el art. 86 de la Constitución Nacional y que, dentro de ellas, se encontraban las hoy incluidas en el art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, pues la "actualización" de aquél derivó con toda razonabilidad en la modificación que nos rige. En tales condiciones, excluye la posibilidad de considerarla alcanzada por los supuestos de nulidad del art. 6º de dicha ley.

Expresó luego que la limitación por razones de edad cuestionada no equivale ni puede ser asimilada a la remoción, como pretende el actor, ni afecta la inamovilidad de los magistrados, ya que no es de su esencia la duración ilimitada en el cargo. La remoción de los miembros de la Corte Suprema sólo procederá cuando se verifique alguna de las causales previstas en el art. 53 de la Constitución Nacional: mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes; vale decir que, mientras dure su buena conducta, no podrán ser "removidos", aspecto que no fue modificado por la reforma de 1994.

En su concepto, la condición establecida en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, para mantener en el cargo a un magistrado —un nuevo nombramiento una vez que cumpla la edad de setenta y cinco años— tiene, en cambio, carácter objetivo e impersonal y queda ratificado con la exposición del convencional Alfonsín en el debate. En suma, mientras la inamovilidad hace a la sustancia misma de la institución judicial, el carácter vitalicio comporta un atributo del cargo, que puede ser alcanzado por nuevas disposiciones regulatorias y respecto del cual el actor no tiene un derecho adquirido —efecto de la situación jurídica derivada del cargo y no de la persona—, sino un mero derecho en expectativa, que fue válidamente reformado, pues no se trata de una

situación agotada por las normas anteriormente vigentes sino de efectos pendientes o en curso que son alcanzados por las nuevas normas, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes.

Concluyó, así, que la armónica interpretación de los arts. 99, inc. 4º, párrafo tercero, y 110 de la Constitución exigen entender que se refieren a dos cosas distintas: el primero, a la limitación por razones de edad de la duración de la designación y, el segundo, a la garantía de la inamovilidad, motivo por el cual no asiste razón al actor en cuanto sostiene que ha sido afectada esta última, máxime cuando dicha limitación se independiza de cualquier connotación personal y apunta a un razonable criterio general, ya que las cualidades personales e intelectuales de cada magistrado serán ponderadas por el órgano competente al tiempo de la entrada en vigor de la disposición constitucional, luego del término previsto en la Cláusula Transitoria Undécima, sin que la pauta objetiva decidida por el constituyente pueda ser objeto de discusión.

Por último, puso de resalto que el límite de edad en la designación de los jueces tiene antecedentes en el ordenamiento constitucional de otros países y en el derecho provincial argentino.

### —III—

La titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7 hizo lugar a la demanda a fs. 87/95.

Para así decidir expresó, en punto a la admisibilidad de la acción declarativa y a la improcedencia de la excepción de falta de legitimación opuesta, que la reforma impugnada creó en el actor un estado de incertidumbre sobre la existencia y alcance de la garantía de la inamovilidad consagrada por el art. 110 del nuevo texto constitucional —antiguo art. 96—, incertidumbre que le provocó un perjuicio o lesión actual, a pesar de lo dispuesto en la Cláusula Transitoria Undécima, ya que no es necesario que la norma cuestionada haya entrado en vigencia para solicitar su nulificación por inconstitucionalidad. Además, no tenía otro medio que la acción declarativa para contrarrestar los efectos de un acto en ciernes —al que atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal— y proveer a la definición, ante los estrados del tribunal, de una relación jurídica incierta.

Por otro lado, estimó que la existencia de un interés legítimo del actor resulta obvia, a poco que se advierta el cargo que reviste y que la fecha de su nacimiento es el 1º de febrero de 1918.

En cuanto al fondo del asunto, con apoyo en doctrina de la Corte, dijo que convalidar una norma dictada por la Convención Constituyente cuyo tratamiento no estaba autorizado por la ley de convocatoria constituye un grave apartamiento de la Constitución Nacional, extremo que estimó configurado en el caso, al advertir que los arts. 2º y 3º de la ley 24.309, que fijan la competencia de la Convención, en manera alguna autorizan la modificación implícita o explícita del art. 96 de la Constitución Nacional (ahora art. 110),

ya que no fue incluido entre los expresamente autorizados por el mencionado art. 2º.

Entendió, asimismo, que en el denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas", cuyo contenido expresó la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita el artículo citado en último término, en ninguno de los apartados letras "I" y "J", destinados a la designación de los jueces y su remoción, se menciona a los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por haber cumplido setenta y cinco años de edad.

Advirtió que, en tal sentido, en el apartado A, correspondiente a la atenuación del sistema presidencialista, cuando determina las atribuciones del Poder Ejecutivo, ninguno de los 20 incisos que las enuncian se refiere a dicha causal de caducidad de las funciones de los jueces y a la necesidad de un nuevo nombramiento, una vez acaecida.

Asu juicio, la Convención Constituyente se hallaba autorizada a introducir reformas en las normas relativas al modo de designación y remoción de los magistrados de los tribunales federales inferiores —punto H e I del denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas”—, objetivo que debía instruirse por medio del establecimiento del Consejo de la Magistratura y del Juzgado de Enjuiciamiento, receptados en los arts. 114, 99, inc. 4º, párrafos primero y segundo, y 115 de la Constitución Nacional, en su nueva redacción. Pero tal habilitación no alcanzó a los integrantes de la Corte Suprema, pues el art. 2º, acápite J —punto 1— de esa norma dispuso que “los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones”, al igual que el precepto constitucional en vigencia antes de la reforma.

En consecuencia, entendió que el principio de inamovilidad que garantiza la investidura de los magistrados no estuvo entre los temas autorizados para su reforma, pues las modificaciones posibles se encontraban acotadas al modo de remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación (art. 2º, punto J), ámbito en el que se introdujo el art. 115 de la Constitución Nacional en su actual redacción.

Por lo demás, expresó que no cabe duda que la reforma significó una modificación sustancial de la garantía de inamovilidad de la que goza el actor, al agregar el requisito de la edad como exigencia para su permanencia en el cargo, pues el art. 110 de la Constitución Nacional (antiguo art. 96) indica, claramente, que continúa mientras dure su buena conducta.

### —IV—

Recurrida que fue dicha sentencia por la demandada, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —Sala III— la revocó en lo atinente a la declaración de invalidez de la reforma constitucional y la confirmó en cuanto hizo lugar a la demanda, al entender, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal de Cámara, que el art. 99, inc. 4º de la Constitución Nacional no obsta a la garantía de inamovilidad de que goza el

doctor Carlos S. Fayt, por no ser aplicable a su respecto la caducidad y duración limitada del nombramiento en razón de la edad que dicha cláusula contempla (ver fs. 172/176).

A tal efecto, el juez preopinante dijo que la acción declarativa es procedente, pues se conjugan aquí todos los requisitos que exige el art. 322 del Código de rito, al existir una clara falta de certidumbre jurídica en torno a la estabilidad funcional del actor como juez del máximo Tribunal de la Nación, que es capaz de producirle un daño no reparable por otras vías procesales ordinarias.

Con relación al fondo del asunto, entendió que no es preciso —ni aún procedente— declarar, en el caso, la nulidad del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional pues corresponde reconocer una clara línea divisoria entre la situación de los magistrados judiciales que fueron nombrados bajo el sistema que prevé la Constitución hasta la reforma de 1994 y la de aquellos que serían nombrados una vez que esté en pleno funcionamiento el sistema establecido por ésta.

A su juicio, esta distinción está trazada en la propia letra de la citada disposición cuando se refiere a "esos magistrados", al entender por tales a los que serán nombrados en virtud del nuevo régimen, pues los designados con anterioridad obtuvieron estabilidad constitucional por imperio del antiguo art. 96 (hoy 110), reglamentado por el art. 3º del decreto-ley 1285/58 y, de acuerdo con aquella situación jurídica, se trata de jueces que conservan su cargo "mientras dure su buena conducta" y que sólo pueden ser removidos en caso de determinarse, a través del procedimiento constitucional, una grave falta en el cumplimiento de sus deberes. Esto constituye un derecho subjetivo de dichos magistrados, obtenido al prestar consentimiento para el ejercicio de sus funciones bajo el sistema entonces vigente.

Por el contrario, los jueces designados según la Constitución reformada y sus leyes reglamentarias ingresarán bajo un sistema de estabilidad diferente, luego de prestar su consentimiento para ser eventualmente removidos en función de la edad, si el Poder Ejecutivo decidiera no renovarles el nombramiento, pues la Reforma de 1994 estableció esa nueva causal de remoción, que no estaba prevista en el anterior texto constitucional.

Y, si bien no es necesario juzgar acerca de la conveniencia o inconveniencia de este nuevo sistema en cuanto a la independencia del Poder Judicial, no puede admitirse que sea aplicado en forma retroactiva para los magistrados que fueron designados según el antiguo régimen, pues ello constituiría un avasallamiento inconstitucional de su inmunidad funcional obtenida a raíz de un régimen jurídico diferente. Recordó, al efecto, lo establecido por el art. 3º del Código Civil en orden a que la "retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales" y aclaró que no encuentra argumento alguno por el cual este principio no pueda ser aplicado a una reforma constitucional, ya que ésta no puede borrar los efectos de los derechos constitucionales adquiridos bajo la vigencia del texto constitucional anterior, máxime en una materia de la trascendencia que posee la presente.

Consideró que dicha solución fluye del principio de hermenéutica jurídica que impone la interpretación restrictiva de los textos legales limitativos de derechos o que consagran privilegios, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte y que, por lo demás, no reconocer la línea divisoria anteriormente señalada implicaría ingresar en el análisis de la nulidad de la validez constitucional del art. 99, inc. 4º, párrafo 3º de la Constitución, extremo que es la última ratio del orden jurídico.

A su turno, el juez que votó en segundo término, dijo que en autos surge de modo claro la reunión de los recaudos previstos por el art. 322 del Código Procesal, toda vez que el planteo introducido con la demanda no radica en una consulta respecto de la cual la sentencia a dictar carecerá de eficacia, sino en que se resuelva un caso concreto, mediante una decisión que defina los alcances de su situación jurídica. Existe, además, la posibilidad razonablemente cierta de que, si no obtiene tal pronunciamiento, el actor pueda ver perjudicado su derecho a la permanencia en el cargo si la conducta de la demandada es contraria a la interpretación que postula y genera, así, una lesión en el radio de sus intereses, que no tiene por qué soportar en la actualidad, como consecuencia de esa falta de certeza.

Por lo demás, ante la situación creada por la edad del actor y por la oportunidad en que tendría eficacia la norma cuya aplicación en definitiva cuestiona, aquél no dispone de otro medio legal para poner término con prontitud a esa situación de incertidumbre, que resulta, precisamente, de las circunstancias indicadas y, por ello, entendió que no son admisibles los agravios dirigidos contra el modo en que se propuso la pretensión y su encuadre dentro de la norma que habilita la vía.

También consideró que, de la aplicación directa del texto plasmado en el art. 99, inc. 4º, surge que sólo debe incidir sobre los jueces designados conforme al nuevo régimen, pues se refiere en concreto a esos magistrados, como señaló el señor Procurador Fiscal de Cámara. De manera que, de una interpretación literal, surge como adecuada la pretensión final del actor, pues no hay para los magistrados judiciales en ejercicio, una derogación de las reglas preeexistentes sobre su permanencia sin relación de edad, las que, por el contrario, como se verá, se ratifican.

A igual conclusión conduce el análisis contextual —agregó— si se integra lo dicho con lo prescripto por la Cláusula Transitoria Undécima, que se refiere exclusivamente a la caducidad de los nombramientos y a la duración limitada de los jueces designados de conformidad con lo previsto en el art. 99, inc. 4º de la Constitución, incluso es respecto de esos nombramientos que la citada Cláusula Transitoria dispone la no vigencia inmediata de la caducidad y duración limitada —que es el tema de este pronunciamiento— y ha previsto una *vacatio legis* de cinco años, período que aparece considerado como conveniente para la asimilación y recepción del funcionamiento del futuro régimen, que entraría en vigor transcurrido el periodo indicado.

Reiteró que el sistema elegido por el cuerpo constituyente en las diversas disposiciones que se refieren a las autoridades que estaban constituidas al tiempo de reformarse la Constitución ha sido el mismo: respetar la duración

de los mandatos, tal como fue previsto bajo el texto anterior. Ello ocurre con los integrantes del Senado (Cláusula Transitoria Primera) y con el mandato del Presidente en ejercicio al momento de sancionarse la reforma (Cláusulas Transitorias Novena y Décima), bien que la disposición novena contiene una cláusula específica para el Presidente en ejercicio.

Está claro, concluyó, qué el alcance para el futuro de las Cláusulas Transitorias Novena y Décima no guarda relación alguna con la cuestión en debate en la causa, que se refiere precisamente a la permanencia, sin perjuicio de la edad, de los magistrados judiciales que gozaban de inamovilidad bajo el texto constitucional anterior, por lo que no era necesario ninguna disposición sobre el ejercicio de sus funciones en el futuro.

Esa interpretación es la que resulta también, agregó, de la finalidad que se deriva de las disposiciones aplicables, cual es no incidir sobre relaciones ya constituidas; ni alterar los tiempos del ejercicio de sus funciones que pudieran tener las autoridades aludidas con relación al régimen constitucional anterior, bajo el cual se realizaron todos los presupuestos de hecho necesarios y suficientes.

Al respecto, estimó claro que no puede entenderse que exista afectación a derecho reconocido alguno, desde que las nuevas disposiciones no reglan las situaciones jurídicas existentes de los magistrados designados bajo el régimen anterior, cuya estabilidad, en el aspecto que aquí se trata, se respeta.

Corrobora lo expresado, a su entender, el análisis del debate en la Convención Constituyente —agregado a fs. 169—, de donde surge que la caducidad y duración limitada de las designaciones no podía afectar al actor, que es mencionado en particular. Así resulta de las expresiones de los convencionales que trataron el punto (fs. 72, Martínez Llano; fs. 75, Caballero Martín y 76, Corach). De tal manera, afirmó, quedó sellada la suerte del pleito en cuanto a la existencia del derecho del actor a permanecer en el cargo sin limitaciones con respecto a la edad, conforme estaba previsto en este aspecto en la Constitución Nacional antes de la reforma.

Finalmente, expresó, en sentido coincidente con el juez preopinante, que no es menester la declaración de nulidad de las cláusulas del nuevo texto constitucional.

—V—

Disconforme, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 183/209, cuya concesión por el *a quo* trae el asunto a conocimiento del Tribunal y donde sostuvo que el fallo suscita un supuesto de gravedad institucional, como así también que es arbitrario.

Como primer agravio, adujo que la pretendida línea divisoria que se establece entre las situaciones de los jueces designados bajo el sistema previsto hasta la Reforma de 1994 y la de aquellos que se nombran con el mecanismo institucional establecido a partir de ella, recepta el criterio del Ministerio Público vertido ante la Cámara por el Fiscal General respectivo, que no fue objeto de sustanciación con su parte, ni pudo ser rebatido.

Señaló que no es correcto lo afirmado por el *a quo* en torno a que surge de la propia letra del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional, conforme la Reforma de 1994, que “esos magistrados” son los nombrados de acuerdo con el nuevo régimen y no los anteriores. Ello es así, toda vez que el nuevo texto constitucional no distingue entre nombramientos anteriores y posteriores a esa vigencia ya que, por el contrario, se refiere en el artículo citado a “esos magistrados”, como los de la Corte Suprema (primer párrafo) y de los tribunales federales inferiores (segundo párrafo), de tal forma que “esos magistrados” son tanto unos como otros y, en caso de haber pretendido el constituyente separar los que fueron nombrados antes o después de la reforma, lo habría previsto en forma expresa, cosa que no ocurrió.

De seguirse el desarrollo argumental del fallo, coexistirían magistrados regidos por el sistema constitucional anterior con otros sujetos al régimen posterior a la reforma; vale decir que, según los casos, serán aplicables dos regulaciones constitucionales diferenciadas según las personas de los destinatarios y ello es insostenible.

Con esta perspectiva, los magistrados designados con anterioridad a la reforma de 1994 podrían también resistir la decisión del Consejo de la Magistratura de abrir el procedimiento de remoción previsto en el art. 114, inc. 5º de la Constitución Nacional y someterse al jurado de enjuiciamiento previsto en el artículo siguiente, posibilidad refrendada con toda lógica, ya que continuarían sometidos al juicio político del derogado art. 45 del texto constitucional de 1853/1860, hipótesis que se enfrenta con la Cláusula Transitoria Decimocuarta, que dispone el envío a dicho Consejo de las causas en trámite en la Cámara de Diputados al tiempo de instalarse aquél.

Si el Constituyente hubiese querido efectuar la exclusión declarada por el juzgador, lo habría hecho expresamente, como procedió en otros supuestos. Acerca del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, la Convención Constituyente sólo previó que entrará en vigencia cinco años después de la reforma, según la Cláusula Transitoria Undécima, sin distinguir en función de la época del nombramiento de sus destinatarios. Además, la *vacatio legis* aludida por el juzgador no es razón para sostener diferencia alguna, sino todo lo contrario, porque la no vigencia inmediata de la duración limitada y caducidad de los mandatos solamente adquiere sentido si se relaciona con los magistrados en ejercicio, pues serán también ellos, y no sólo los nombrados a partir de 1994, los que habrán de ser alcanzados por el nuevo régimen, extremo que justifica el período de transición previsto.

Es en el segundo voto, afirmó, donde se advierte con claridad la autocontradicción del fallo, cuando sostiene, en apoyo de la aludida línea divisoria, que “...el sistema elegido por el cuerpo constituyente en las diversas disposiciones que se refieren a las autoridades que estaban constituidas al tiempo de reformarse la constitución ha sido el mismo: respetar la duración de los mandatos de éstos, tal como fue previsto bajo el texto anterior”. Si ello es así, no se explica la razón por la cual se estableció una cláusula transitoria expresa para referirse al mandato del primer magistrado.

Su segundo agravio estriba en que no existe un derecho adquirido frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo, ya que es un principio pacíficamente aceptado que las nuevas normas se aplican a partir de su entrada en vigencia, en forma inmediata, a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes y ello no implica en modo alguno una aplicación retroactiva (arg. art. 3º del Código Civil), tanto más cuando se trata de normas constitucionales, generadas a partir del poder constituyente derivado, ejercido dentro del cauce fijado por el Congreso, a partir de la ley Declarativa de la Necesidad de la Reforma.

Por lo demás, el actor no tiene un derecho adquirido al carácter vitalicio en el ejercicio del cargo que ocupa —efecto de la situación jurídica derivada del cargo y no de la persona— sino un mero derecho en expectativa, que resultó alcanzado por la reforma constitucional.

Tampoco puede afirmarse que obtuvo el eventual derecho adquirido al prestar consentimiento para el ejercicio de las funciones con el sistema vigente, pues el ejercicio vitalicio del cargo de juez, como derecho subjetivo, se adquiere día a día, en tanto subsista el régimen en vigor y no puede cristalizarse por el consentimiento a un sistema, luego modificado. Por lo tanto, en el caso, solamente se reguló el carácter vitalicio del cargo por la nueva norma de la Constitución Nacional.

Como tercer agravio, sostuvo que tampoco se modificó la garantía de inamovilidad, ya que no es de su esencia la duración ilimitada en el cargo, sino que se alteró la vigencia del plazo de la designación para adecuarlo a la realidad de las exigencias que su ejercicio importa. La remoción de los miembros de la Corte Suprema sólo procederá cuando se verifique alguna de las causales previstas en el art. 53 de la Constitución Nacional: mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones o crímenes comunes, de tal forma que, mientras dure su buena conducta, el magistrado no puede ser removido.

En cambio, la condición establecida en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, tiene un carácter objetivo e impersonal que ratifica la exposición del convencional Alfonsín y del Presidente de la Comisión de Redacción en el debate, al expresar la razón de ser de la Cláusula Transitoria Undécima donde, en ningún momento, se distingue la situación de los jueces nombrados antes o después de la reforma, ni que la disposición sea aplicable en general pero no en particular al actor.

Por otra parte, y en cuarto lugar, se agravó porque, conforme expresó, la declarada inaplicabilidad de la norma constitucional al actor presenta dos errores: a) la violación del principio de congruencia, al omitir analizar, además, la validez de dicha norma, y b) la decisión de no aplicarla al actor sin su previa declaración de invalidez.

A continuación, reitero el agravio vertido contra la sentencia de primera instancia acerca de la validez de la reforma constitucional, puesto que los poderes de la Convención Constituyente se adecuaron, desde su punto de vista, a los términos de la norma que la convocó y le atribuyó competencia.

En este sentido, sostuvo que el art. 2º de la ley N° 24.309 habilitó expresamente para su reforma lo relativo a la designación de los jueces federales, incluidos los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como el "Núcleo de Coincidencias Básicas" al que se refiere expresamente. Además, al dejar a salvo la decisión de la Convención Constituyente sobre las alternativas del texto a reformar, admitió introducir la limitación al ejercicio vitalicio del cargo de Juez del Tribunal Supremo, en la actividad reformadora.

Si se admitiera —por hipótesis— que las alternativas expresadas literalmente en el texto citado únicamente se podrían referir a la mayoría necesaria para brindar acuerdo senatorial a la designación de los magistrados de la Corte Suprema o a la propuesta del Consejo de la Magistratura para los demás jueces federales, se estarían limitando a una actividad subalterna los poderes de la Constituyente.

También dijo que, al modificarse el art. 96 —hoy 110— de la Constitución Nacional, corresponde armonizar su texto con lo dispuesto en el nuevo art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional, propósito que se logra con la distinción entre el ejercicio vitalicio del cargo y la garantía de inamovilidad, y desde la perspectiva de la aplicación temporal inmediata de las nuevas normas a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Finalmente, reitero los argumentos expuestos ya en la contestación de la demanda en cuanto a la improcedencia de la acción declarativa, rechazados por los jueces de ambas instancias.

## —VI—

A mi modo de ver, el remedio federal deducido es formalmente inadmisible en la parte destinada a cuestionar los argumentos expresados por el *a quo* para estimar que procede la acción declarativa en el *sub lite*. En efecto, tiene declarado V.E. que lo atinente a la admisión formal de la demanda en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación remite a cuestiones de derecho procesal, reservada a los magistrados de la causa y, ajenas, por principio, a la vía del art. 14 de la ley 48, máxime cuando lo resuelto cuenta con fundamentos suficientes que excluyen la tacha de arbitrariedad (conf. sentencia del 12 de noviembre de 1998, *in re*: B.216, L.XXXIV, "Bermasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", cons. 6º).

Basta señalar, en este último sentido que, como también ha expresado la Corte, la acción declarativa tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés del actor que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza que fije las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379 y 1804).

## —VII—

Pienso, por el contrario —con la salvedad que se formula en el tercer párrafo de este acápite—, que dicho remedio debe admitirse formalmente en cuanto atañe a los demás agravios, toda vez que por su intermedio se halla en tela de juicio la validez e Interpretación —entre otras normas de índole federal— de cláusulas de la Constitución Nacional y que la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas funda la apelante.

En lo referido a la tacha de arbitrariedad, desde mi punto de vista, es aplicable al *sub examine* aquella doctrina de V.E., según la cual, “aun cuando el impugnante afirme que ataca la sentencia de que recurre por estimarla arbitraria, si lo realmente impugnado es la inteligencia dada a normas de carácter federal, resulta procedente el recurso extraordinario deducido en ese aspecto” (Fallos: 312:303 y 315:1924).

Todo ello, sin perjuicio de señalar que, a fin de respetar el orden lógico en que debe ser analizado cada uno de los temas sometidos a decisión del Tribunal, *infra* acápite XI, habré de referirme a si es justiciable o no el eventual exceso —que aduce el actor— en que habría incurrido la Convención Constituyente de 1994, al disponer sobre un tema cuyo tratamiento no estaba habilitado por la ley que declaró la necesidad de la reforma, sin que se me escape que, en la hipótesis de pronunciarme por la negativa, tal extremo convertiría en inadmisible la apelación extraordinaria, en este aspecto, desde punto de vista formal.

## —VIII—

En cuanto a la solución adoptada por la cámara, cabe señalar que el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispone, en lo que aquí interesa, que “*El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... 4.- Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto [...]. 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...*

A su vez, la Cláusula Transitoria Undécima de la Constitución establece que “*La caducidad de los nombramientos y la duración limitada prevista en el artículo 99 inciso 4 entrará en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional*”.

De la lectura de dichos preceptos no surge, contrariamente a lo expresado por el *a quo*, que las disposiciones en cuestión sean inaplicables a los jueces designados en virtud del art. 86 del texto constitucional anterior a la reforma y, por lo tanto, al actor. Ello es así, desde mi punto de vista, toda vez que, en un primer análisis del tema, tampoco cabé aceptar que esa intención se encuentre implícita en el texto analizado ya que, de acuerdo con doctrina de V.E., no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté

pensada para no tener efecto y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisible, salvo que el texto de aquélla así lo indique (conf. Fallos: 311:460).

Antes bien, la Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación (conf. arg. Fallos: 313:1513). Asimismo, debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de ser interpretada de acuerdo con el contenido de las demás (conf. Fallos: 310:2733; 311:2272; 312:496 y 2192; 320:875, entre otros). Es decir, las normas constitucionales no deben ser interpretadas en forma aislada e inconexas, sino como partes de una estructura sistemática considerada en su totalidad. Por otra parte, esa interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, el dato histórico que permite desentrañar la finalidad perseguida y la voluntad expresa por el constituyente y debe también contemplar la dinámica de la realidad, reacia a ser captada mediante fórmulas inmutables (Disidencia del doctor Mario Justo López en Fallos: 302:1461).

A la luz de dicho criterio hermenéutico, pienso que resulta ilustrativo acudir a los diarios de sesiones de la Convención de 1994 para tratar de despejar la real intención del Constituyente en el aspecto discutido. Surge de allí, en mi concepto, que jamás pensó dejar de aplicar el límite de edad previsto por el nuevo art. 99, inc. 4, párrafo tercero a los jueces designados durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1853-1860, tal como lo indica la preocupación generalizada que produjo en los convencionales que dicho límite entrara a regir en forma inmediata y que, de esa forma, suscitara la duda de estar destinado a regir situaciones particulares (conf. en este sentido, las opiniones de los convencionales Sres. Bava, Vázquez, Saravia Toledo y Avelín de Ginestar, a fs. 4606/07; 4624/25; 4631/32 y 4641, respectivamente, del Debate de Sesiones de la Convención Constituyente). En efecto, surge del citado debate que ninguno de ellos mencionó siquiera que pudiere interpretarse —como lo hizo el *a quo*— que la nueva disposición iba a regir sólo para el futuro, a no ser que ello fuera expresamente previsto en el texto constitucional (conf., en especial, la intervención del convencional Martínez Llano a fs. 4645).

Dentro de ese marco, resultan concluyentes para sellar la suerte del tema, en mi concepto, las expresiones del convencional por Buenos Aires, doctor Raúl Alfonsín, en torno a que “*la cláusula que estamos analizando referida a la inamovilidad de los jueces se encuentra en diversas constituciones, inclusive de América Latina*”.

*Nos pareció conveniente incorporarla a fin de no tener que llegar al juicio político cuando se producen determinadas situaciones de decadencia. Esto es similar a lo que ocurre, por ejemplo, en la Iglesia, que para ciertos cargos —como el de obispo— la edad de retiro es a los 75 años”.*

*En ningún momento a ningún integrante del bloque radical ni de la Comisión de Redacción se le pasó por la cabeza que esta cláusula podría ser interpretada en el sentido que ahora se le está dando, entre otras cosas, porque se estipula que comenzará junto con el inicio del Consejo de la Magistratura, es decir, dentro de —por lo menos— un año.*

*"He escuchado azorado las interpretaciones realizadas por alguno de los señores convencionales. Por ello, luego de las conversaciones mantenidas con el señor presidente de la Comisión de Redacción, acordamos modificar la cláusula en tratamiento a fin de que se establezca que tendrá vigencia cinco años después de la sanción de esta Constitución con el objeto de aventar cualquier duda que haya acerca de esta cuestión. (Aplausos)" (v. Debate de Sesiones, fs. 4648—énfasis agregado—).*

*Y, en el mismo sentido, el señor Presidente de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente, entre otros conceptos, agregó que "...debo señalar mi preocupación por la interpretación que se ha dado a esta cláusula que —como señaló el señor Convencional Alfonsín—, por otra parte, también mereció que en horas de la mañana el presidente de la Convención nos manifestara su inquietud de que fuese interpretada en desmedro del Poder Judicial de la Nación [...]. Por ello, después de haber escuchado la opinión de algunos convencionales, especialmente la del señor convencional por Corrientes, acordamos con el señor convencional perteneciente al bloque de la Unión Cívica Radical proponer la extensión del plazo estipulado, el que sería de cinco años, para que no exista la más mínima duda de que en ningún momento tuvimos intención de afectar a ninguno de los señores jueces que integran el Poder Judicial de la Nación. (Aplausos)." (v. Debate de Sesiones, fs. 4648/49—énfasis agregado—).*

No puedo dejar de destacar, en este sentido, el efecto aprobatorio de los aplausos efectuados por los demás miembros del recinto, sobre todo, si se tiene en cuenta que su iniciativa tuvo lugar como respuesta inmediata a los reclamos de otros convencionales tendientes a que el límite de edad que ahora cuestiona el actor trigesiese para el futuro, inclusivamente en virtud de una cláusula expresa, sin afectar la actual composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf., en particular, opinión del Sr. Martínez Llano, a fs. 4645).

Más aún, ello motivó, como cierre del tema, la alocución del convencional Sr. Caballero Martín, quien dijo que "...las afirmaciones realizadas por los convencionales Alfonsín y Corach contribuyen a la salud de la República.

*Nos sentimos recomfortados por lo expresado, porque en ningún momento tuvimos duda al advertir lo que podía pasar, aunque de ninguna manera pue- de pensarse que nuestro partido presumió que detrás de ello podía haber alguna intención aviesa.*

*Solamente, estamos alertando el resultado de esa aplicación, tal cual estaba redactada, podía llegar a provocar en el futuro, sobre todo tratándose de uno de los poderes, que los hombres políticos debemos preservar en toda su independencia.*

*Teniendo en cuenta que de esta manera hemos contribuido en algo a la salud de la República, y teniendo en cuenta que hemos hecho justicia, quiero terminar mi exposición con esta última expresión (Aplausos)" (v. Debate de Sesiones, fs. 4649).*

Todo ello indica, en forma inequívoca, a mi juicio, que la real voluntad expresada por los convencionales fue la de abarcar en los alcances del art. 99,

inc. 4º, párrafo tercero, de la nueva Constitución Nacional a los nombrados antes de su entrada en vigencia, una vez transcurrido el plazo de cinco años que contempla la Cláusula Transitoria Undécima, ya que éste fue el método que creyeron conveniente instituir a fin de preservar sus investiduras, de modo análogo a como hubieron de respetar los términos de los mandatos en curso del Presidente de la Nación y de los Senadores, con idéntico propósito.

Cabe poner de resalto en este punto que, si bien el *a quo* se refirió a las disposiciones citadas en último término, lo hizo para llegar a la conclusión contraria —en mi concepto poco feliz—, a la que acabo de extraer, toda vez que, si bien advirtió que la "la disposición novena contiene una cláusula específica para el Presidente en ejercicio", omitió analizarla, en cuyo caso habría también advertido que el constituyente volvió a utilizar aquí un criterio restrictivo, cual fue el de limitar la aplicación lisa y llana para el futuro del art. 99 del nuevo texto constitucional en cuanto dispone que "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo", ya que, precisamente a través de la citada Disposición Transitoria Novena estableció que "El mandato del Presidente en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período".

En conclusión, es mi parecer que el nuevo régimen constitucional utilizó, en todos los casos de investiduras de cargos que comenzaron a desempeñarse al amparo de la Constitución de 1853-60, un criterio signado por el común denominador de tratar de respetarlos en la mayor medida posible y que, en particular para los Magistrados del Poder Judicial de la Nación consistió, pura y exclusivamente, en postergar durante cinco años la entrada en vigencia del límite de edad mencionado.

#### —IX—

Pienso que tampoco asiste razón al juzgador en cuanto sostuvo que existe un derecho adquirido por el actor, durante la vigencia del anterior régimen constitucional, a permanecer en forma vitalicia en su cargo.

La Corte ha dicho, reiteradamente, que la fijación por la ley de límites temporales para el nacimiento o extinción de los derechos, cuando se produce un cambio de régimen jurídico, es un recurso legítimo, con el que no se vulnera la igualdad constitucional (conf. doctrina de Fallos: 267:247; 274:30; 278:108, 300:893 y sus citas) y que la modificación de las leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna (Fallos: 259:377 y 432; 275:130; 283:360 y 299:93, entre muchos otros), pues nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su alterabilidad (Fallos: 267:247 y 268:228, entre otros).

No obstante, también tiene resuelto el Tribunal que, conforme dispone el art. 3º del Código Civil y tal como recordó uno de los jueces integrantes del tribunal *a quo*, las leyes en nuestro ordenamiento pueden tener efecto retroactivo, bajo la condición obvia e inexcusable de que su retroactividad no afecte

garantías constitucionales. Si las afecta, la ley de que se trate es jurídicamente inválida, mas no por su retroactividad sino por su inconstitucionalidad. Tal lo que sucede, por ejemplo, cuando el efecto retroactivo de una ley atenta contra lo que suelen llamarse "derechos adquiridos", que son, por su naturaleza inalterables y no pueden ser suprimidos por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 314:1477).

A mi modo de ver, si bien parte de dichos principios son aplicables al *sub lite*, no pueden serlo de manera irrestricta, como lo declaró el juez que votó en segundo lugar. Ello es así, toda vez que dichas reglas fueron sentadas por el Tribunal a fin de dirimir conflictos entre disposiciones de distinta jerarquía, esto es, entre las leyes y la Constitución Nacional, de tal forma que las primeras son plenamente válidas aunque deroguen o modifiquen leyes anteriores y aunque sean retroactivas, siempre y cuando no afecten un derecho o garantía consagrado por la segunda, en cuyo caso procede su declaración de inconstitucionalidad. Empero, es precisamente en este punto donde observo una diferencia sustancial con el caso bajo análisis, cual es que aquí se trata de una disposición constitucional que fue modificada por otra de igual rango y, según mi parecer, desde este enfoque, no puede hablarse de inconstitucionalidad de normas constitucionales. Ello es así, claro está, sin perjuicio de poner de resalto que, en el caso de los jueces, no existe, como es evidente, otro derecho patrimonial en juego que la intangibilidad de las remuneraciones y que, en el *sub examine*, no se encuentra discutido.

Por lo tanto, entiendo que, de los principios *supra* enunciados, es aplicable todavía con mayor fuerza—cuando se trata de materia constitucional de la índole debatida en la especie— aquel que indica que nadie tiene derecho al mantenimiento de las normas. Por el contrario, pienso que no lo es tanto el referido a la retroactividad o irretroactividad de las leyes pues, en principio, considero perfectamente factible que determinadas normas constitucionales sean modificadas por otras de igual rango, cuando aquí no se puede, como ocurre a nivel legal, acudir a otras normas superiores que impidan la modificación o supresión del derecho invocado.

Es que, cuando se trata de la ley Suprema, debe el intérprete tener en cuenta otras pautas. En primer lugar, ha reconocido desde antiguo el Tribunal que las normas de la Constitución Nacional, como las de toda ley, deben ser interpretadas en forma coherente, de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman (Fallos: 183:343; 186:170; 199:483 y 234:482, entre otros).

Así, ha dicho la Corte Suprema que "el valor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella

una creación viva, impregnada de la realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación" (Fallos: 178:9).

También ha establecido que "la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponerse, en un plano de abstracción, el concepto medio de un período de tiempo en que la sociedad actuaba de una manera distinta o no se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos. La propia Constitución Argentina, que por algo se ha conceptualizado como un instrumento político provisto de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras, no escapa a esta regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases del orden interno pre establecido, sino por el contrario, defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurableidad del Estado Argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida" (conf. Fallos: 313:1513 y su cita).

Con sabia prudencia, ha sostenido el Tribunal—en el recordado y bien atinente caso "Kot"— "que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: 'las leyes rigen para lo futuro', dice el art. 3º del Código Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las Leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar todas las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución" (conf. Fallos citados) (énfasis agregado).

Lo hasta aquí expuesto me induce a pensar que no se puede alegar la existencia de "derechos adquiridos" frente a la Constitución cuando es reformada por el poder constituyente, porque nadie puede tenerlos cuando no subsisten los motivos por los cuales fueron otorgados o cuando el interés o las necesidades públicas exijan disposiciones diferentes y aún contradictorias. Máxime cuando, como acontece en el caso, dicho interés público exige evitar la zozobra que significaría a la organización del Estado el poner en duda el alcance mismo de las normas constitucionales.

En este sentido, cabe recordar que la postergación de la Constitución acrea de por sí el auge de la arbitrariedad y la quiebra del derecho caracterizado como la previsibilidad en lo concerniente al ejercicio del Poder Público bajo el imperio de la ley (Voto del Dr. Carlos S. Fayt en Fallos: 312:1725).

Tanto más cuando V.E. ha dicho innumerales veces que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye ya la *ultima ratio* del orden jurídico, a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (conf. doctrina de Fallos: 311:395; 312:122, 435, 1437, 1681 y 2315, entre muchos otros). Ello indica que habrá que extremar aún más los recaudos para evaluar la pretensión del actor, consistente, nada menos, que en obtener la declaración de nulidad de una cláusula de la ley Suprema que rige nuestro ordenamiento jurídico.

En apoyo de lo expuesto, puede acudirse a la opinión de Sagüés, de acuerdo con la cual, "...si la reforma se ha hecho según el esquema constitucional vigente, y no lesionó derechos naturales, al ser la constitución fuente del derecho positivo, el afectado carecería de sustento jurídico para plantear su reclamo, ya que la nueva regla constitucional no daría base para su pretensión" (Sagüés, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, t. I, pág. 131).

En sentido concordante, otros autores sostienen: "el ejercicio del Poder Constituyente no puede responsabilizar al Estado, porque no es el Estado quien lo ejerce. Siendo ejercido directamente por el pueblo, a través de la Convención Constituyente, su conducta y sus decisiones no pueden imputarse sino al pueblo mismo. Por lo tanto, si una reforma constitucional suprimiera derechos que el instrumento reformado había concedido, no creemos que el derecho positivo encuentre fundamento jurídico para responsabilizar al Estado y para accordar acción contra él al particular damnificado..." (Reiriz, María Graciela. Responsabilidad del Estado, EUDEBA, Buenos Aires, 1969, pág. 140). Y por otra parte, "si se trata de un poder constituyente 'derivado' o reformador, que ha llevado a cabo una reforma de la constitución conforme a las normas de revisión previstas en aquélla, o sea, que la reforma de la constitución es constitucional pues se han respetado todos los 'límites' pre establecidos: no puede nacer responsabilidad del Estado ni habrá norma superior en qué fundarlas, salvo que en la propia reforma así se la estableciera para sus consecuencias (una cláusula constitucional especial de responsabilidad por los defectos de la reforma en sí)..." (Vanossi, Jorge R., Teoría Constitucional, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, t. I, págs. 252 y 253) —las partes resaltadas se encuentran en los originales—.

## —X—

Sentado, entonces, que corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida en cuanto declaró inaplicable al actor el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional reformada en 1994, he de abordar, a esta altura, el tratamiento del asunto planteado por el actor, a la luz de la doctrina que indica que, en la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales a las que se refiere el art. 14 de la ley 48, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal inferior y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que ella

rectamente le otorga (conf. Fallos: 308:647; 312:529 y 2254; 313:714; 317:1773; 318:74, 77 y 630; 320:2200).

## —XI—

Ante todo, como lo anuncié *supra acápite VII in fine*, considero necesario recordar que, según ha sostenido tradicionalmente V.E., el proceso de reforma constitucional se incluye entre las denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, por extensión del principio según el cual no constituye cuestión justiciable el procedimiento seguido para la sanción y promulgación de las leyes inaugurado a partir del caso "Cullen c. Llerena" (Fallos: 53:420) y, por ello mismo, *in re: "Soria de Guerrero c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos"* (Fallos: 256:558), desestimó la posibilidad de analizar si el art. 14 bis de la Constitución Nacional fue sancionado de conformidad con las normas del reglamento interno dictado por la Convención Constituyente de 1957.

El análisis de tan importante cuestión también fue abordado por la jurisprudencia y doctrina extranjera, principalmente de Estados Unidos de América, y por nuestra propia doctrina constitucional. Así, entre los primeros, es conocido el precedente *Luther v. Borden* de la Suprema Corte de aquel país, de 1849, y las expresiones recogidas por los ministros doctores Ricardo Levene (h.) y Julio Oyhanarte en el precedente de Fallos: 313:594, cuando sostuvieron: "coincidentemente, la Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado que la validez o invalidez del procedimiento de reforma de la Constitución 'debe ser considerada como una cuestión política que corresponde a los departamentos políticos y se halla sujeta a la autoridad final del Congreso y al ejercicio por éste de sus facultades de control de la promulgación de la enmienda aprobada'. Este principio, expuesto inicialmente en 'Coleman vs. Miller', 307 U.S. 433, hace medio siglo, conserva plena autoridad y vigencia, como lo explican Nowak, Rotunda y Young, quienes enseñan que continúa siendo, cincuenta años después, el 'leading case' en la materia (*Constitucional Law*, edición 1983, págs. 114 y siguientes). En el citado precedente de 1939, los jueces Black, Roberts, Frankfurter y Douglas, en voto concurrente, sostuvieron: 'El art. V atrigue el poder de enmienda de la constitución al Congreso, solamente [...]. El proceso de reforma es político en su totalidad, desde la iniciativa de reformar hasta que la enmienda llega a ser parte de la constitución: y no está sujeto a guía, control ni interferencia de los jueces, en ningún sentido. Esta síntesis, es sin duda, inmejorable'" (cons. 10), así como la polémica suscitada entre los juristas norteamericanos, al punto tal que Linares Quintana reproduce la opinión de varios de ellos, en el sentido que la apertura judicial hacia la justiciabilidad de las sanciones constitucionales podría conducir a la negación de la validez de normas supremas, lo que sería equivalente a la declaración de que el tribunal mismo no existe, ya que es creación de aquellas normas fundamentales (v. Linares Quintana, Segundo V. ¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?, La ley t. 34, pág. 1153 y ss., en especial 1155).

A nivel nacional, también se encuentran posturas distintas sobre el tema. Así, además de la famosa polémica entre Linares Quintana y Cueto Rúa (v.

artículos publicados en La Ley, t. 34, págs. 1153 y ss. y t. 36, págs. 1100 y ss.), pueden sumarse las posiciones de prestigiosos constitucionalistas actuales, como Germán J. Bidart Campos (*v. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1989), o Jorge R. Vanossi (*v. Teoría Constitucional*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975), e inclusive del siglo pasado, como Manuel Gorostiaga (*v. Facultades de las convenciones Constitucionales*, Estado Cromo-Lito-Tipográfico J. Ferrazini y Cía., Rosario 1898).

Tal como se señaló, pocas fueron las oportunidades de analizar judicialmente tan trascendente cuestión a nivel nacional, si bien a partir de 1983, con la reinstalación de un nuevo período democrático y una vigorosa actividad reformadora de las Cartas constitucionales provinciales, se suscitaron diversos casos que llegaron a conocimiento del Tribunal (Fallos: 313:588, 594; 316:2743). Pero, sin lugar a dudas, es recién con el proceso de reforma de la Constitucional Nacional de 1994, iniciado con la citada ley N° 24.309, cuando se presentan la mayoría de los precedentes jurisprudenciales en la materia, aunque referidos, principalmente, al proceso de sanción y contenido de la ley declarativa de la necesidad de la reforma (Fallos: 317:335 y 711).

Una vez finalizada la reforma constitucional, V.E. se expidió en Fallos: 319:1654, sin entrar a analizar el planteo formulado por el actor al considerar que no se configuraba un "caso" o "causa" que habilitara la intervención judicial y, en forma reciente, *in re* O. 20. XXXIV. "Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo", sentencia del 16 de marzo de 1999, mayoritariamente rechazó la demanda por falta de legitimación del actor, aunque la minoría del Tribunal analizó el fondo del asunto, para concluir, también, en el rechazo de la acción.

Finalmente, por la importancia que reviste para la presente litis, es del caso señalar que, en la ya aludida causa "Ríos, Antonio" (Fallos: 316:2743), V.E. se expidió sobre las facultades de la Convención Constituyente en un proceso de reforma de la Constitución de la Provincia de Corrientes.

En tales condiciones, advirtió que la posición de la Corte fue variando en el tiempo, con el objeto de considerar que cuestiones tales como las que se debaten en el presente, ameritan una decisión por parte del Tribunal pues, si bien no se dejó de lado, en forma explícita, la postura de Fallos: 256:558, la posterior evolución de la jurisprudencia permite aseverar que tal principio se ha atenuado y, en este sentido, el *sub examine* se presenta como un verdadero "leading case" para el estudio, análisis y decisión de un tema que, reitero, es trascendental para la vida del Estado de Derecho.

#### —XII—

En lo atinente al fondo del asunto, pienso que debe examinarse sin perder de vista en ningún momento que el *sub discussio* plantea un caso de gravedad institucional extrema, en la medida que implica la revisión judicial de cláusulas constitucionales, originadas en la actuación de una Convención Reformadora en ejercicio del poder constituyente, extremo que llevaría, en la

hipótesis de admitirse la procedencia de la acción, a declarar la nulidad de la norma constitucional impugnada.

Entonces, con el objeto de determinar si el art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, es pasible de la sanción de nulidad (art. 6º de la ley 24.309), por haber el constituyente excedido las facultades otorgadas por la ley declarativa de la necesidad de la reforma, debido a una cuestión metodológica, corresponde indagar, en primer término, sobre el concepto y alcances del poder constituyente, luego sobre la existencia de limitaciones jurídicas a su acción y, eventualmente, sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la posible violación de tales limitaciones.

#### —XIII—

La expresión "constituyente" ha sido definida por el profesor Carlos Sánchez Viamonte como "término de Derecho público, de origen francés (*constituant*), que figura en el léxico de los idiomas italiano y portugués (*constituente*), pero no en el vocabulario inglés. Significa 'lo que instituye', 'lo que establece', 'lo que crea', 'lo que organiza institucionalmente', y en Derecho Público se aplica a la sociedad civil y política o Estado" (Encyclopedie Jurídica Oméba, tomo IV, Editorial Diskill S.A., Buenos Aires, 1991, pág. 11), mientras que "poder constituyente" es la "suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo, al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico, esa voluntad es una voluntad política que se convierte en voluntad jurídica mediante la Constitución y se caracteriza como aptitud y capacidad de la función perteneciente al pueblo de darse una normación constitucional que es, expresión de unidad política y de organización de la sociedad y del Estado" (ob. cit., pág. 33 —el resaltado se encuentra en el original—).

Así, la función principal del constituyente es sancionar la Constitución que regirá a la sociedad y a los poderes del Estado que crea. Una vez dictada aquella, entra en reposo, pero permanece vivo para volver a adquirir su pleno vigor al momento de reformarla, ya que, tomando las expresiones de Sánchez Viamonte —que se remite a Weber—, el pueblo "tiene el derecho intangible de cambiar constantemente en sus bases el edificio que pone sobre sí con el Estado y la Constitución, de dar a este edificio formas constantemente nuevas, de introducir constantemente en su esencia nuevas circunstancias políticas suyas" (ob. cit., pág. 47).

De esta forma de actuación del poder constituyente proviene la clasificación entre "poder constituyente originario o fundacional" y "poder constituyente derivado o instituido", con objetos y límites diferentes. El primero sienta las bases fundamentales del Estado y posee amplias competencias para estructurar sus órganos. Es "jurídicamente ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de carácter positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones de éste y los habitantes" (Linares Quintana, Segundo V, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, t. III

—Teoría de la Constitución—, 2da. Edición, Editorial Plus Ultrá, Buenos Aires, 1978, pág. 215), carácter que no pierde por la existencia de otros límites no jurídicos.

En cambio, a través del ejercicio del poder constituyente derivado, el pueblo modifica o reforma la Carta Magna y, en cuanto a sus límites, existen divergencias doctrinarias, tanto a nivel nacional como internacional. En la doctrina extranjera, Paolo Biscaretti di Ruffia es contrario a admitir la validez de limitaciones al poder constituyente reformador y, entre nosotros, esta posición fue adoptada por Luis R. Longhi (en Derecho constitucional argentino y comparado, t. I, págs. 1071108), quien entiende que la Constitución no necesitó establecer límites porque debió ser consecuente consigo misma, en cuanto habiendo sido una emanación del poder constituyente distinto y superior al poder constituido, no podía dejar subordinada la acción futura de ese poder al poder legislativo y, en consecuencia, el hecho que el art. 30 de la Constitución Nacional nada diga al respecto, sirve de argumento, tanto para postular la existencia de límites como para negarlo. Por lo demás, el art. 30 no determina expresamente que el Congreso deba fijar el temario a considerar por la Convención reformadora y, con relación a la Convención Constituyente de 1898, en dónde se planteó una cuestión similar a la del *sub lite*, señaló: "en primer lugar, esta resolución fue adoptada circunstancialmente para evitar un serio conflicto de índole religiosa; en segundo término, que las razones que se dieron son poco ilustrativas y convincentes, referidas como fueron a la ley de convocatoria de la Convención. Por lo demás, no hubo verdadero debate: una simple moción del diputado Romero en la sesión del día 2 de marzo y un pedido posterior del diputado Ferrer en la reunión del día 4, para que no se trataran más asuntos que los incluidos en la convocatoria. Frente a esa decisión que, repetimos, fue de emergencia, oponemos la labor y la doctrina consecuente de la Convención reformadora de 1860 reunida bajo el imperio de la misma cláusula constitucional, la que, en ejercicio de su poder constituyente, introdujo libremente las reformas que más conveniente le pareció y que en su mayoría fueron aceptadas por la Convención nacional sin ninguna clase de reservas" (ob. cit., pág. 108, tomado de Linares Quintana, Segundo V., ob. cit., pág. 292, nota 538).

No obstante lo expuesto, la tesis contraria prevalece en la doctrina nacional. Autores como Linares Quintana, Estrada, Gorostiaga, Orlandi, Bidart Campos, Cueto Rúa y Vanossi, entre otros, admiten la existencia de límites que no puede traspasar el constituyente derivado, así como la posibilidad de revisión judicial del ejercicio de tales funciones. Al respecto se ha dicho, "Dado que siempre se trata del ejercicio del poder constituyente derivado o de reforma, no cabe hablar en propiedad de una hipotética 'ilimitación' del poder de la Convención. Por el contrario, la limitación del poder surge y se nutre de su condición de poder regulado por la propia Constitución vigente, que ha estipulado las condiciones formales y procesales para la puesta en movimiento del poder constituyente 'derivado' o 'reformador'" (Vanossi, Jorge R., ob. cit. pág. 393).

Incluso V.E., a partir del precedente de Fallos: 316:2743, también admite tal posibilidad, al menos con respecto al poder constituyente derivado pro-

vincial. En efecto, sostuvo en esa oportunidad el Tribunal, con cita de Manuel Gorostiaga: "Que, sentado ello, es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circumscripido por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente vale destacar que, las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas "...al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la constitución".

En el caso argentino, el poder constituyente originario se inició con la sanción de la Constitución el 1º de mayo de 1853 y se cerró con la modificación de 1860, que permitió la incorporación de la Provincia de Buenos Aires que, por haberse separado de la Confederación luego del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos de 1852, no participó del Congreso General Constituyente que se reunió en la ciudad de Santa Fe. A partir de ahí, el poder constituyente permaneció en reposo pero vivo —en la expresión de Sánchez Viomonte— y, a través del constituyente derivado, reformó la Carta Magna en distintas oportunidades hasta llegar a 1993, cuando la sanción de la ley 24.309 declaró necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957 (conf. art. 1º), enumeró los temas habilitados a tratar en la Convención (arts. 2º y 3º), prohibió expresamente la modificación de ciertas partes de la Constitución Nacional (art. 7º) y declaró nulas de nulidad absoluta "todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de la presente ley de declaración" (art. 6º).

#### —XIV—

Una vez aceptado que la Convención Constituyente posee ciertos límites en el ejercicio de funciones reformadoras, corresponde indagar sobre el contenido y alcance de aquéllos y cómo resolver las situaciones dudosas. No me referiré —por ser ajeno al objeto de esta litis— al procedimiento de sanción de la ley declarativa de la necesidad de la reforma y limitaré el análisis a las relaciones entre esa ley y la actividad de la Convención, en la medida en que en autos se cuestiona si excedió o no los límites impuestos por el Congreso mediante la ley 24.309 y las consecuencias jurídicas que, eventualmente, ello acarrea, conforme se indicó *supra* *acápite XII*.

En primer término, cabe advertir que la ley 24.309 no solamente habilita ciertos temas para ser discutidos por la Convención, cuales son los enumerados en los arts. 2º y 3º, sino que, también, prohíbe expresamente cualquier modificación al Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional (art. 7º). Así, existen dos grupos de temas bien diferenciados, por un lado, los expresamente autorizados a modificar y, por el otro, los expresamente prohibidos. A su vez, existe un tercer grupo de temas sobre los que la ley nada dice, o sea aquellos no incluidos en los arts. 2º y 3º y que tampoco se encuentran vedados por el art. 7º, entre los cuales está el anterior art. 96 de la Constitución Nacional (actual 110) que invoca el actor.

Es cierto, y me adelanto a indicarlo, que el art. 4º de la ley 24.309 especificó que la Convención Constituyente tendría como único objeto considerar las reformas incluidas en los arts. 2º y 3º de la norma, de donde podría concluirse que todos aquellos temas que no estuvieran ahí expresamente mencionados, no podían ser objeto de modificación o reforma alguna. Más si ello es así, ¿qué sentido tiene la prohibición expresa del art. 7º? No parece razonable sostener que se trate de una previsión redundante porque, como bien ha dicho reiteradamente V.E., no puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, y el intérprete debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (conf. Fallos: 317:777 y sus citas), máxime cuando, como sucede en el caso, se trata de un acto trascendente como la declaración de necesidad de reforma de la Carta Magna.

Desde mi punto de vista, la regla que mejor concilie, por una parte, la voluntad del Congreso, al establecer las materias habilitadas y las expresamente prohibidas y, por la otra, las facultades de la Convención Constituyente, sería, entonces, la que sigue: la Convención no puede, bajo ningún aspecto, modificar el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional (art. 7º de la ley 24.309), tampoco puede modificar los artículos que no fueron expresamente incluidos entre los temas habilitados por los arts. 2º y 3º, pero las modificaciones introducidas en los temas habilitados pueden afectar a los temas que no fueron expresamente incluidos —cuya modificación no se excluye expresamente— siempre que sean razonables y no se aparten de ellos o los modifiquen en forma ostensible.

Esta interpretación se ve reforzada, en mi criterio, por la propia ley 24.309, cuando autoriza a la convención a incorporar las cláusulas transitorias que fueran necesarias (arts. 2º, inc. d y 3º, inc. d) y, con relación al caso bajo análisis, cuando la habilita a “actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los arts. 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional” (art. 3º, letra “E”). Una postura contraria, que límite las facultades de la convención exclusivamente a modificar o no aquellos aspectos expresamente autorizados, además de encorsetar indebidamente la actuación del Constituyente —representación máxima del pueblo soberano—, no se condice con las disposiciones ni con la recta interpretación de la ley 24.309.

Por otra parte, entiendo que, en caso de dudas en cuanto al alcance y competencias de la Convención Constituyente, debe preferirse la inteligencia que mejor recepte su voluntad porque, además de los poderes expresos que le confiere la norma declarativa de la necesidad de la reforma, es propio reconocerle ciertas facultades implícitas para el mejor cumplimiento de los fines para la que fue convocada. De otra forma, se vería en la imposibilidad de adoptar cualquier decisión que surja razonablemente implícita del temario de cuestiones habilitadas para su tratamiento, conclusión que se presenta totalmente disvaliosa, por impedir el pleno funcionamiento del Poder Constituyente, máxime cuando, a nivel infraconstitucional, se admite y reconoce que los poderes del Estado también poseen sus respectivas facultades implícitas.

Es que, si bien puede admitirse que el Poder Constituido le ponga límites al Constituyente reformador, no puede pensarse que el papel de la Convención se reduzca a homologar las reformas declaradas por el Congreso, pues ello significaría que el ejercicio del Poder Constituyente se trasladó al Poder Constituido, situación totalmente inaceptable y contraria a nuestra propia Constitución. Montes de Oca expresa: “*no cabe dudar que la Convención, una vez creada, tiene poderes implícitos y aún todos los poderes implícitos necesarios para el desempeño de su cometido, pero a condición de que no se sobrepongan las restricciones explícitas que se le han señalado*” (Montes de Oca, M. A., La Convención de Santa Fe de 1920-1921, Buenos Aires, 1922, pag. 27 —el resaltado me pertenece—).

Esta parece ser, por otra parte, la posición sustentada por V.E. in re: “Romero Feris, José Antonio”, del 1º de julio de 1994 (Fallos: 317:711), donde se sostuvo: “*Que, no obstante, no puede desconocerse el carácter de representantes de la Nación —en el sentido del término antes aludido— que revisten los convencionales constituyentes. De allí que las limitaciones indicadas deben interpretarse con relación exclusivamente a los puntos habilitados para su tratamiento y, en su caso, eventual reforma por parte de la convención. Una interpretación diversa que pretenda en forma oblicua condicionar el sentido de la reforma, a extramuros del poder reformado, equivaldría —más allá de desconocer el carácter de representantes de los convencionales y, de esta forma, violar el sistema representativo de gobierno impuesto por la ley fundamental— a convertir a la convención en un órgano de ratificación de esa misma reforma llevada a cabo no ya por la Convención sino por el Congreso, en violación del art. 30 de la Constitución Nacional*” (v. considerando 20, del voto del Dr. Carlos S. Fayt).

Ahora bien, si la Convención se extralimita en sus funciones e introduce otros temas no autorizados o, al reformar uno habilitado, afecta de cualquier modo los artículos expresamente prohibidos de modificar (art. 7º de la ley 24.309) o abierta y ostensiblemente los artículos sobre los cuales la ley nada dice, entonces, el producto de la convención sería posible de ser declarado nulo de nulidad absoluta e insanable (art. 6º de la ley 24.309), sin perjuicio de recordar los problemas que se presentan, en este caso, derivados del principio sostenido por V.E. en Fallos: 256:558.

## —XV—

Ala luz de las consideraciones expuestas, cabe analizar, en primer término, si la Convención Constituyente de 1994 estaba habilitada para tratar la forma de designación de los magistrados y luego determinar si, con la sancción del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, se afectó la inamovilidad del actor.

Del análisis de las normas en cuestión, cuyos términos ya se indicaron, surge que la forma de designación de los jueces constituía un tema habilitado para su tratamiento por la Convención Constituyente. En efecto, el art. 2º, inc. a) de la ley 24.309, incluyó al art. 86, inc. 5º, como una materia posible de modificación y el denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, aprobado

por el mismo artículo, en la letra "I", se refirió al tema. A su vez, el art. 3º, letra "E", también habilitó la actualización de las facultades del Poder Ejecutivo Nacional contenidas en el art. 86 de la Constitución Nacional (actual art. 99).

La forma de inclusión de dicha cláusula en el texto constitucional y el debate suscitado en su torno ya fueron suficientemente desarrollados en el acápite VIII, a donde me remito *brevitatis causae*, aunque vale la pena reiterar que la intervención de los señores convencionales en dicha sesión resultan altamente ilustrativas para despejar cualquier duda que pueda existir en cuanto a la posible afectación de la independencia del Poder Judicial, máxime cuando, a raíz del propio debate, se prorrogó el plazo de entrada en vigencia de la cláusula, elevándolo de uno a cinco años (v. Debates de la Convención Constituyente, pág. 4648).

Esta fue, también, la interpretación de distintos constitucionalistas, algunos de ellos convencionales constituyentes: *"En el seno de la Convención Constituyente, y fuera de ella también, se sostuvo que el contenido de la reforma no estaba habilitado por la declaración del Congreso (ley 24.309). Incluso cuando los integrantes de la Corte Suprema de Justicia juraron la nueva Constitución lo hicieron en la medida de su adecuación a la referida ley".* Muchos han pensado que esa aclaración estaba tomando en cuenta esta cláusula de la reforma. Nosotros consideramos que el tema estaba perfectamente habilitado, porque el punto I del art. 2º de dicha ley disponía la reforma de "La designación de los magistrados federales". Allí está habilitado el tema. Y si bien es cierto que refrendó todo el art. 2º, no lo hizo de modo tal que no se pudiera completar el texto de las propuestas (de hecho, ello se hizo en numerosos casos). Esa fue, por otra parte, nuestra posición interpretativa sostenida antes y durante la reforma..." (Quiroga Lavie, Humberto, Constitución Argentina Comentada, Segunda Edición Actualizada, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, págs. 600/601).

En tales condiciones, entiendo que la convención constituyente no se extralimitó en sus funciones cuando sancionó la norma en cuestión, porque pudo, válidamente, utilizar distintos criterios para regular el tema de la designación de los magistrados, dentro de los límites impuestos por la habilitación otorgada por el Congreso de la Nación en oportunidad de disponer la necesidad de la reforma Constitucional.

Pero, aun si se admitiera por vía de hipótesis que la situación pueda ser dudosa, considero que debe preferirse la interpretación que asegure la plena vigencia de la voluntad del constituyente, máxime cuando las disposiciones reformadas no afectan directamente materias expresamente vedadas a su conocimiento y decisión, al menos, con arbitrariedad manifiesta.

Cabe señalar, al respecto, que en el tantas veces citado caso *"Ríos, Antonio"*, V.E. admitió la interpretación del superior tribunal provincial que, a su turno, había considerado que la Convención Reformadora provincial obró dentro del marco fijado por la ley de convocatoria "en tanto dicha conclusión se fundó en que la norma que declaró la necesidad de reformar los arts. 158 y 159 de la constitución vigente, referentes a los órganos de gobierno municipal, comprendía, —sin de modo expreso, de manera razonablemente implícita— la facultad de instruir los cargos en cuestión" (cons. 5º) (énfasis agregado).

## —XVI—

Resta por considerar si, como sostiene el actor, la nueva cláusula constitucional afecta, ilegítimamente, la garantía constitucional de inamovilidad de los jueces.

Sobre el punto, cabe señalar que se trata de preceptos que juegan en distintos ámbitos. En efecto, el art. 99, inc. 4º regula la forma de designación de los magistrados, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores y, a partir de la Reforma de 1994, la designación se encuentra limitada, en forma objetiva, hasta la edad de setenta y cinco años, aunque podrán continuar en el cargo con un nuevo nombramiento, precedido del acuerdo del Senado. Por su parte, el art. 110 de la Constitución Nacional (antiguo art. 96) consagra en favor de los jueces las garantías de inamovilidad e intangibilidad de sus remuneraciones, con el objeto que no sean molestados o presionados, durante el ejercicio de sus funciones, por los otros poderes constituidos (Legislativo y Ejecutivo).

La forma de designación de los magistrados, que incluye una limitación temporal, así como la modificación de los otros poderes del Estado, son facultades exclusivas del Constituyente y, en este sentido, cabe recordar que la Reforma Constitucional de 1994 también modificó, por ejemplo, los requisitos para ser elegido presidente y vicepresidente; la reducción del mandato presidencial y la forma de elección del presidente y vicepresidente (arts. 89, 90 y 94); la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros (art. 100); la composición del Senado y la forma de designación de sus miembros, o la duración del mandato (arts. 54 y 56); o, incluso, la elevación a la categoría de órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera del Ministerio Público (art. 120), sin que pueda postularse, en principio, que, con tales modificaciones, se haya afectado el principio de división de poderes en su esencia. Antes bien, debe entenderse que se trató de una adecuación del mismo a una nueva realidad, distinta de la concebida en el período constituyente inicial 1853-60.

Tampoco podría predicarse el carácter pétreo de la inamovilidad de los magistrados como forma de evitar una supuesta afectación de la forma republicana de gobierno porque —además de ser aquella una categoría controvertida—, tal como se vio, admite distintas variantes y posibilidades de organización, que son definidas por el pueblo, en ejercicio del poder constituyente, mediante una convención convocada especialmente al efecto. Vale decir, que la inamovilidad de los jueces está destinada a evitar que los otros Poderes constituidos avancen sobre el Judicial y, por lo tanto, ellos jamás podrán ignorarla, pero nada impide que sea el propio poder constituyente el que decida modificar sus alcances. En cuanto a la posibilidad de alegar derechos adquiridos frente a una reforma constitucional, me remito a lo ya expuesto supra acápite IX, en mérito a la brevedad.

Por otra parte, creo preciso resaltar que la cláusula cuestionada no importa una nueva causal de remoción, pese a que se aplique a los jueces en ejercicio. Tal asimilación parte del error de no diferenciar entre la acción de remover ("Deponer o apartar a uno de su empleo o destino", conforme la 5ta.

Acepción del Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992, t. II, pág. 1768) y las causales de cese en el cargo (cesar: 2da. Acepción: Dejar de desempeñar algún empleo o cargo, ob. cit., t. I, pág. 467). Por supuesto que si un magistrado es removido de su cargo, cesa en sus funciones, pero de ello no se concluye que todo cese importa una remoción.

Las causales de remoción se refieren a situaciones imputables al funcionario, tal como se desprende de las contempladas en el art. 53 de la Constitución Nacional: mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones, o crímenes comunes (conf. arts. 110 y 115), mientras que el límite de edad es un atributo de la designación que constituye una causal objetiva de cese, sin que nada diga acerca de la actuación personal del magistrado. Al respecto, cabe recordar que V.E. tuvo oportunidad de analizar la naturaleza de las causales de remoción de los magistrados en Fallos: 310:2845, donde sostuvo: "En este orden de ideas, el concepto de 'mal desempeño' en términos constitucionales, guarda estrecha relación con el de 'mala conducta', en la medida de que en el caso de magistrados judiciales, el art. 45 de la Constitución debe ser armonizado con lo dispuesto por el art. 96, que exige la buena conducta para la permanencia en el cargo de aquéllos. En la Constitución Nacional hay dos tipos de causales de destitución que deben diferenciarse: por un lado, la comisión de delitos, ya sea en el ejercicio de funciones, o se trate de crímenes comunes. Ello resulta del texto del art. 45, tomado en su base de la Constitución de Nueva Granada, que se apartó de sus antecedentes nacionales, americanos e ingleses..." y agregó: "Es así que las del primer grupo 'mal desempeño' o 'mala conducta', no requieren la comisión de un delito, sino que basta para separar a un magistrado la demostración de que no se encuentra en condiciones de desempeñar el cargo en las circunstancias que los poderes públicos exigen; no es necesaria una conducta criminal, es suficiente con que el imputado sea un mal juez. Puede entonces apreciarse que las referidas causales de remoción tienen un sentido amplio, son imputaciones de conducta en el desempeño de las funciones" (v. cons. 11 del voto de la mayoría).

Por el contrario, de las expresiones del convencional Alfonsín transcritas *supra acápito VIII*, también surge que el límite de setenta y cinco años de edad fue introducido por el Constituyente con la finalidad de evitar ciertas "situaciones de decadencia" que pudieran encuadrarse como el "mal desempeño" definido en el párrafo anterior y, en tales condiciones, se reafirma, según mi parecer, el carácter objetivo del cese en cuestión, totalmente independizado de la aducida "remoción" que, como se vio, tiene otros alcances en nuestro sistema constitucional. Ello se desprende, con toda claridad, si se correlaciona con la posibilidad otorgada al Presidente de la Nación de volver a nombrar al juez con setenta y cinco años, de comprobar —en el caso particular— que no se configura la circunstancia que el Constituyente quiso evitar.

Atento a ello, considero que, por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal que postula una inteligencia sistemática de la Constitución, las disposiciones no se enfrentan ni anulan, pues se aplican a ámbitos distintos. V.E. ha señalado que "la Constitución Nacional constituye un todo orgánico y sus

disposiciones deben ser aplicadas concordantemente" (Fallos: 289:200), que la "interpretación del instrumento político que nos rige no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades enumeradas en él para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu general que le dio vida" y que se debe desechar la hipótesis de un conflicto entre distintas cláusulas constitucionales, ya que debe adoptarse la exégesis que las compatibilice y que respete los principios fundamentales (Fallos: 181:343; 236:101) —voto del doctor Gustavo Bossert en la causa "Ortiz Almonacid", citada).

Precisamente, el citado magistrado afirmó —en la misma causa— al analizar la Cláusula Transitoria Novena, que "...establece una situación de excepción a favor del Dr. Menem, ya que, mientras que ningún ciudadano puede ejercer la presidencia más de ocho años seguidos, al Dr. Menem se le permite que la ejerza continuadamente diez años y cinco meses" (v. cons. 17), mientras que el doctor Enrique S. Petracchi, por su parte, sostuvo que: "si pudiera hablarse de 'retroactividad', la que hubo fue a beneficio del doctor Menem. En efecto, los constituyentes pudieron tomar en cuenta que él había sido electo por seis años en condiciones de no reeleabilidad, y, por lo tanto, hacer posible la aspiración a un nuevo período solo para el primer presidente que ejerciera un mandato de cuatro años. Sin embargo, no lo hicieron así, y autorizaron —excepcionalmente— que ese sesenio, después del cual no había posibilidad de reelección (según el viejo texto constitucional a la luz del cual había sido electo el doctor Menem), se computara a la manera del primer período de cuatro años del nuevo sistema" (v. cons. 16). En mi opinión, tales afirmaciones son aplicables, analógicamente, al sub lite, en la medida que, al igual que en aquél, el Constituyente reguló la extensión de la designación de todos los jueces federales y prorrogó la vigencia de la disposición por cinco años; de tal forma que el actor continúa ejerciendo todavía su magistratura a la edad de ochenta y un años cuando ningún juez podrá hacerlo, salvo nuevo nombramiento, más allá del límite de edad indicado.

## —XVII—

Finalmente, aunque no por ello menos importante, me permito formular la siguiente reflexión. La Reforma Constitucional de 1994, en el art. 120, puso en cabeza del Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. En cumplimiento de tan alta e ineludible misión, entiendo que la máxima manifestación de la legalidad se encuentra representada en la Constitución Nacional, fruto de la libre expresión del pueblo soberano, representado por los convencionales constituyentes, que todos los poderes constituidos juraron respetar —el suscripto, sin reservas—. Y es por ello que, reitero, si la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una cuestión de máxima gravedad institucional, que constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, cuánta mayor es la obligación de obrar con prudencia en el juzgamiento de la posible declaración de nulidad de una cláusula constitucional, pues la zozobra e inseguridad que provocaría tal declaración en la sociedad, obliga a actuar con suma

cautela y a extremar los recaudos interpretativos coherentes para preservar la salvaguarda de la armonía entre sus disposiciones.

—XVIII—

Por lo expuesto, opino que corresponde dejar sin efecto la sentencia de fs. 172/176 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y, por no ser necesaria más substancialización, rechazar la demanda. Buenos Aires, 12 de julio de 1999. Nicolás Eduardo Becerra.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de agosto de 1999.

Vistos los autos: "Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —Sala III— revocó la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto había declarado la invalidez de la reforma constitucional y la confirmó en cuanto a la procedencia de la acción declarativa. En los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación afirmó que el art. 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional reformada, no altera la garantía de inamovilidad de que goza el actor, juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de su designación bajo el régimen constitucional anterior a la reforma de 1994. Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 221/221 vta.

2º) Que los argumentos por los cuales el Estado Nacional pretende la apertura del recurso extraordinario son los siguientes: a) es errónea la línea divisoria entre magistrados federales designados bajo el régimen previsto por la Constitución, en su texto anterior a la reforma de 1994, y los magistrados nombrados por el nuevo régimen; no existen derechos adquiridos frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo; b) el nuevo texto constitucional no modificó la garantía de la inamovilidad de los jueces, pues el art. 99, inciso 4º, de la ley Fundamental contiene, tal como fue la intención de los señores convencionales, una exigencia de carácter objetivo e impersonal; c) la reforma constitucional en el punto que se halla en discusión es válida y responde a los términos de la norma que la convocó y que le atribuyó competencia; ello es así, pues tanto el art. 2º de la ley 24.309, como el "Núcleo de Coincidencias Básicas", contemplaron como materia de revisión lo relativo a la "designación de los jueces federales"; d) la sentencia está viciada por incongruencia, por no aplicar una norma constitucional sin pronunciarse sobre su validez; e) también incurre en arbitrariedad, por no rebatir los fundados argumentos de su parte, contrarios a la admisibilidad de la acción declarativa en el *sub lite*.

3º) Que en lo concerniente a la procedencia formal de la demanda en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los agravios de la demandada son inadmisibles por los fundamentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede, a cuyos argumentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

4º) Que el Tribunal comparte, asimismo, la opinión vertida por el señor Procurador General en el capítulo VII de su dictamen, en cuanto al fundamento y alcance de la admisibilidad formal del recurso federal, pues se halla en tela de juicio la validez e interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de otras normas federales relativas al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 30 de la Ley Fundamental, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas fundó el apelante.

Cabe recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales a las que se refiere el art. 14 de la ley 48, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal inferior y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (doctrina de Fallos: 308:647; 317:1773; 320:2647, entre muchos otros).

5º) Que la conclusión precedente importa afirmar el carácter justiciable de la cuestión *sub examine*, pues son aplicables las consideraciones efectuadas por el Tribunal, al respecto, en el precedente de Fallos: 318:1967.

En efecto, la presente resulta —en primer lugar— una "causa", pues el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inamovilidad en el cargo de juez de este Tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y de acuerdo al alcance que dicha garantía le reconocía. El Estado Nacional ha resistido tal pretensión, de modo que se configura una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos, esto es una controversia "definida y concreta" (Fallos: 242:353) que remite al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal, lo cual es propio del mencionado poder (arts. 1º y 2º, ley 27; arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

No obstante lo afirmado la circunstancia de que lo atinente al contenido de una reforma constitucional haya sido atribuido válidamente a un poder distinto del judicial, pues aun en tales hipótesis siempre este departamento, a la luz de la Constitución, está habilitado para juzgar en los casos que se le planteen, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que está sujeto.

El mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a aquélla (Fallos: 32:120); planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí. No admite

excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por este Tribunal, desde 1864, en cuanto a que "es el intérprete final de la Constitución" (Fallos: 1:340).

Sí la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar "la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes" (Fallos: 210:1095) y "la excedencia de las atribuciones" en la que éstos puedan incumplir (Fallos: 254:43).

En suma, incluso en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno, el Tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado a cabo dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mencionados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del Tribunal encargado —por mandato de aquélla— de preservar la supremacía de la ley Fundamental.

5º) Que, además, la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución fue elaborada por el Tribunal hace más de treinta años, pues surge de la recta interpretación de la sentencia dictada *in re*: "Soria de Guerrero, Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.".

En ese precedente, se aplicó a la actividad de una convención reformadora el principio jurisprudencial que limitaba las facultades jurisdiccionales respecto del procedimiento de "formación y sanción" de las leyes. Sin embargo, se afirmó que esa regla general sólo cedería si se demostrase la falta de concurrencia de los "requisitos mínimos e indispensables" que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada (conf. considerandos 3º y 4º de Fallos: 256:556).

Al respecto, es elocuente que el Congreso de la Nación —al emitir en diciembre de 1993 la declaración de necesidad de la reforma y fijar mediante una ley, según la práctica constitucional argentina, los puntos a revisar— haya expresado mediante términos inequívocos —aun cuando no era necesario— su conocimiento y aceptación del carácter justiciable de los límites del poder reformador, puesto que al prever la sanción de nulidad de las "modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida..." (art. 6º de la ley 24.309), dicha prescripción presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas por la convención, que permita privar de efectos a las realizadas en infracción a los límites impuestos, el cual no puede ser otro que aquel que tiene como atribución esencial la de preservar la supremacía constitucional: el Judicial.

Por lo demás, la invalidez del procedimiento de reforma de la Constitución dista de ser una materia novedosa en los antecedentes que dieron lugar a nuestra Carta Magna, pues Alberdi prevenía en 1852 sobre la ineficacia de la proposición de reformas que no estuvieren apoyadas por dos terceras partes del Congreso, o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales (art. 39 del proyecto de constitución acompañado a Las Bases).

7º) Que en cuanto al fondo del asunto, la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación —constitucional— en que descansa. Este Tribunal ha afirmado recientemente esta doctrina respecto del poder constituyente derivado provincial (Fallos: 316:2743), con cita de la opinión coincidente de Manuel Gorostiaga, en el sentido de que las facultades atribuidas en nuestro sistema constitucional a las convenciones constituyentes están limitadas (conf. Manuel Gorostiaga, "Facultades de las Convenciones Constitucionales", Rosario, 1898, págs. 52 y 53). Restricción que también resulta del texto del art. 30 de la Constitución Nacional que, tras declarar la posibilidad de que aquélla sea reformada "en el todo o en cualquiera de sus partes" y conferir al Congreso de la Nación la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye su realización a "una Convención convocada al efecto" (el énfasis es agregado); precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos.

8º) Que tanto es esencial esta característica de la convención reformadora de contar con poderes limitados que por ello, metodológicamente, la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional no se incluye entre las atribuciones del Congreso que reglamenta la parte segunda de la ley Fundamental, sino en la primera parte que contempla las "Declaraciones, derechos y garantías", pues es una afirmación sobre la naturaleza de la propia Constitución que se sitúa como ley suprema del país.

El constituyente originario quiso que el procedimiento del art. 30 reflejase verdaderamente la voluntad soberana del pueblo en cada una de sus etapas y que toda reforma fuese fruto de una reflexión madura. Por ello, al órgano donde naturalmente está representado ése poder soberano le compete declarar la necesidad de reforma e incluir las partes o puntos cuya revisión justifica la convocatoria y a otro cuerpo legislativo distinto, también representativo de la soberanía, le corresponde llevar a cabo la actividad reformadora dentro de ese marco. En un régimen republicano, fundado sobre el principio de la soberanía del pueblo, debe ser la misma constitución política del Estado la que establezca y asegure su propia existencia, imposibilitando reformas inopinadas o antojadizas (conf. Juan A. González Calderón, Derecho Constitucional Argentino, tomo 1, Buenos Aires, 1917, págs. 330, 334, 335, 340).

En la adecuación o en el exceso respecto de esos límites reside la cuestión a resolver en el *sub lite* y este Tribunal centrará su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora. Cabe recordar

que no se trata de confrontar un acto legislativo material típico con un acto emanado de la convención reformadora, pues la declaración por el Congreso de la necesidad de reforma bajo las condiciones que expresa el texto de la Constitución, es un acto del poder preconstituyente —aun cuando en la historia constitucional argentina se haya implementado mediante la forma de leyes—, que se funda directamente en la Constitución.

9º) Que, por ello, no parece conducente —como postula el señor Procurador General— un examen de la intención de los convencionales que resulta de los debates realizados en el seno de la convención, sino la profundización de la intención de quienes fijaron los puntos habilitados para su revisión, tal como resulta de la letra y del espíritu de la ley 24.309 y de sus antecedentes.

Sin duda, quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con las facultades implícitas necesarias para llevar a buen término la misión deferida. Mas predicar la presencia de poderes de dicha naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas, que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución, pero que no son sustantivas ni independientes de los poderes expresamente concedidos, sino auxiliares y subordinadas (*Fallos: 300:1282; 301:205*). La invocación de la denominada teoría de los poderes implícitos no puede justificar un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la república es que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido expresamente conferidas, pues si de un poder expreso pudiera implicarse otro de análoga consistencia se destruyen los límites de la concepción y no tardaría en echarse por tierra todo el aludido equilibrio de la Constitución (*Fallos: 318:1967*).

Esos poderes implícitos, en el caso, son los que resultan de la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma, que se definieron en los acuerdos de fuerzas políticas que precedieron la declaración del Congreso y que, en la historia constitucional argentina, han contribuido a formar el consenso necesario para el cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 30 de la Constitución Nacional (conf. debate de la ley 24.309, Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 20/21 de diciembre de 1993, pág. 4092). Esta finalidad, sentido y alcance, se expresaron en las llamadas "coincidencias básicas" y se hicieron constar en el art. 2º de la ley 24.309.

10) Que la sanción explícita de nulidad contenida en el art. 6º de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de ese cuerpo normativo, revela el carácter de restricción explícita que el Congreso atribuyó a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación, sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 7º de la ley bajo examen. Sin duda, la sanción representa un énfasis innecesario —que revela la indudable intención de los representantes del pueblo, según resulta del debate en el seno del Congreso—, dirigido a avertir los "fantasmas" que pudiesen obstruir la convocatoria a una reforma sobre la base de infundados argumentos relativos a los peligros de una convención de poderes ilimitados (conf. debate de la ley

24.309, Diario de Sesiones Cámara de Senadores, sesión del 21 de octubre de 1993, intervención del senador Eduardo Menem, pág. 3869).

11) Que la sección tercera del título primero de la segunda parte de la Constitución Nacional, relativa al Poder Judicial, trata en el capítulo I: "De su naturaleza y duración". El art. 96 de este capítulo, en la numeración anterior a la reforma, disponía, en lo que interesa en el *sub lite*: que "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...". Esta norma, consagrada en el texto constitucional de 1853, no fue incluida entre las cláusulas que la convención reformadora estaba habilitada para revisar, según los arts. 2º y 3º de la ley 24.309. En ningún caso se mencionó el recordado art. 96 y, antes bien, esa cláusula mantuvo intacta su redacción en el texto sancionado en 1994 (art. 110).

12) Que en el "Núcleo de Coincidencias Básicas" tampoco aparece explícita ni implícitamente la mención a la garantía de inamovilidad con el contenido con el cual había sido establecida para los jueces federales por el citado art. 96 de la Constitución. En ningún párrafo de los puntos I y J del "Núcleo de Coincidencias Básicas", relativos a la designación y a la remoción de los magistrados federales —temas que correspondían a las reformas de los arts. 86, inc. 5, y 45 de la Constitución Nacional—, aparece algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de los jueces federales con motivo del cumplimiento de una edad determinada. El único punto vinculado de alguna manera a la cesación de la garantía de la inamovilidad en los términos en vigencia fue el relativo al modo de remoción de los magistrados federales de tribunales inferiores, que debía instrumentarse por un jurado de enjuiciamiento (punto J, ap. 2, del citado "Núcleo..."), en tanto, con relación a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la reforma debía mantener la remoción "únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes" (punto J, ap. 1).

13) Que si bien el art. 2º, inciso a, de la ley 24.309 habilitó a modificar el art. 99 —numeración anterior a la reforma— del capítulo I, sección tercera, título primero, de la segunda parte de la Constitución Nacional, y que el art. 2º, inciso c, de la ley que se examina, autorizó la incorporación de un nuevo artículo en este capítulo —que, como se ha dicho, está dedicado a tratar la naturaleza del Poder Judicial de la Nación—, ello sólo se correlaciona con el apartado H del "Núcleo de Coincidencias Básicas" y responde a la voluntad de crear el Consejo de la Magistratura, cuyo rol institucional y atribuciones conciernen al Poder Judicial de la Nación.

14) Que no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, a saber, la intervención del señor presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales —art. 99, inciso 4, de la Constitución reformada— materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5, del texto anterior, había sido incluido en el art. 2º, inciso a, de la ley 24.309—, la

convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el Tribunal, antes que de un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes (*Fallos*: 319:24).

15) Que, por las razones expuestas, esta Corte no comparte la afirmación de que el Congreso, en cumplimiento de su función preconstituyente, habilitó una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan substancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar —en los términos del apartado I del “Núcleo de Coincidencias Básicas” incorporado a la ley 24.309— el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo.

El tribunal *a quo*, además, se equivoca al fundar la no aplicación al actor de las cláusulas impugnadas en la doctrina de los derechos adquiridos al amparo de un régimen constitucional diferente. La discusión que versa sobre la posibilidad de invocar derechos adquiridos frente a las disposiciones sancionadas regularmente por una convención reformadora de la Constitución Nacional, resulta abstracta en la presente causa, pues el art. 99, inciso 4, párrafo tercero de la Constitución reformada, no puede aplicarse al actor por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la convención, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309.

16) Que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada —juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial—, sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora.

En un pronunciamiento reciente (*Fallos*: 322:528) este Tribunal ha puntualizado la necesidad de preservar al Poder Judicial de “la sobrejudicialización de los procesos de gobierno” (considerando 9º), mas con parejo énfasis ha destacado en dicho precedente que esa autorrestricción en modo alguno supone que este poder abdique del control de constitucionalidad de las normas o actos emanados de los otros poderes del Estado —como es una convención reformadora—, cuando se observen —como en el caso— los recaudos constitucionales que habiliten su jurisdicción (considerando 18).

De ahí, pues, que la transgresión verificada en el *sub lite* determine que esta Corte deba restablecer la vigencia de la Constitución Nacional, en cum-

plimiento de la primera y más elevada misión que constitucionalmente le corresponde. Con igual celo por esta función propia, los jueces de la Nación incluidos los actuales magistrados de esta Corte Suprema, tras la reforma de 1994, hemos jurado “cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional conforme al texto sancionado en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y las modificaciones realizadas por la reciente Convención Constituyente, en los términos de las normas que habilitaron su funcionamiento” (acordada de la Corte Suprema 58, *Fallos*: 317:570; Libro de Actas de la Corte Suprema, folios 339, 343, 347, donde constan nuestros juramentos). Este compromiso republicano impone el deber de decidir este asunto con arreglo a las consideraciones precedentes.

Por ello, ofdo el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario en los términos señalados, se revoca la sentencia apelada y, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se hace lugar a la demanda y se declara la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc 4, párrafo tercero —y en la disposición transitoria undécima— al art. 110 de la Constitución Nacional. Costas al vencido (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse los autos. — *Julio S. Nazareno — Eduardo Moliné O'Connor — Augusto César Belluscio. Aarón Boggiano — Guillermo A. F. López — Gustavo A. Boissert* (disidencia parcial) — *Adolfo Roberto Vázquez* (según mi voto).

Voto del señor ministro doctor don Adolfo Roberto Vázquez

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —Sala III— revocó la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto había declarado la invalidez de la reforma constitucional y la confirmó en cuanto a la procedencia de la acción declarativa. En los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación afirmó que el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional reformada, no altera la garantía de inamovilidad de que goza el actor, juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de su designación bajo el régimen constitucional anterior a la reforma de 1994. Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 221/221 vta.

2º) Que los argumentos por los cuales el Estado Nacional pretende la apertura del recurso extraordinario son los siguientes: a) es errónea la línea divisoria entre magistrados federales designados bajo el régimen previsto por la Constitución, en su texto anterior a la reforma de 1994, y los magistrados nombrados por el nuevo régimen; no existen derechos adquiridos frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo; b) el nuevo texto constitucional no modificó la garantía de inamovilidad de los

jueces, pues el art. 99, inc. 4º, de la ley Fundamental contiene, tal como fue la intención de los señores convencionales, una exigencia de carácter objetivo e impersonal; c) la reforma constitucional en el punto que se halla en discusión es válida y responde a los términos de la norma que la convocó y que le atribuyó competencia; ello es así, pues tanto el art. 2º de la ley 24.309, como el "Núcleo de Coincidencias Básicas", contemplaron como materia de revisión lo relativo a la "designación de los jueces federales"; d) la sentencia está viciada por incongruencia, por no aplicar una norma constitucional sin pronunciarse sobre su validez; e) también incurre en arbitrariedad por no rebatir los fundados argumentos de su parte, contrarios a la admisibilidad de la acción declarativa en el *sub lite*.

3º) Que en lo concerniente a la procedencia formal de la demanda en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los agravios de la demandada son inadmisibles por los fundamentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede, a cuyos argumentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

4º) Que el Tribunal comparte, asimismo, la opinión vertida por el señor Procurador General en el capítulo VII de su dictamen, en cuanto al fundamento y alcance de la admisibilidad formal del recurso extraordinario, pues se halla en tela de juicio la validez e interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de otras normas federales relativas al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 30 de la ley Fundamental, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas fundó el apelante.

5º) Que la conclusión precedente importa afirmar el carácter justiciable de la cuestión *sub examine*, pues son aplicables las consideraciones efectuadas por el Tribunal, al respecto, en el precedente de Fallos: 318:1967.

En efecto, la presente resulta —en primer lugar— una "causa", pues el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inamovilidad en el cargo de juez de este Tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y de acuerdo al alcance que dicha garantía le reconocía. El Estado Nacional ha resistido tal pretensión, de modo que se configura una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos, esto es una controversia "definida y concreta" (Fallos: 242:353) que remite al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal, lo cual es propio del mencionado poder (arts. 1º y 2º, ley 27; arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

6º) Que la cuestión de fondo sometida a conocimiento de esta Corte ha sido considerada en anterior oportunidad por el voto del juez Vázquez en la sentencia del día 22 de junio del corriente año recaída en Fallos: 322:1253. El análisis efectuado en ese caso, con adecuación a las circunstancias propias del *sub lite*, constituirá el eje de la presente decisión.

7º) Que, en ese orden de ideas, corresponde recordar que el Congreso Nacional, en ejercicio de sus poderes preconstituyentes, sancionó la ley 24.309

declarativa de la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las modificaciones de 1860, 1866, 1898 y 1957 (art. 1º).

Que en los arts. 2º y 3º de esa ley se fijaron los puntos y artículos que quedaban habilitados para su tratamiento, debate y resolución por la convención reformadora convocada para sancionar la reforma.

8º) Que una detenida lectura de tales preceptos muestra que ninguno habilitó la modificación de los alcances de la garantía de inamovilidad vitalicia consagrada en el art. 96 de la Constitución Nacional de 1853 (actual art. 110), en virtud de la cual los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. En tal sentido, el art. 2º de la ley 24.309 autorizó a la convención reformadora exclusivamente a modificar el texto de los arts. 45, 46, 48, 55, 67 (inc. 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incs. 1, 3, 5, 10, 13 y 20), 87 y 99 de la Carta Magna. Por su parte, el art. 3º habilitó solamente la reforma de los arts. 63, 67, 86, 106, 107 y 108 del texto constitucional de 1853. Es decir, en ningún caso se mencionó al recordado art. 96 y, antes bien, esta última cláusula mantuvo intacta su redacción en el texto sancionado en 1994 (art. 110).

9º) Que, por otro lado, en el "Núcleo de Coincidencias Básicas" contenido en el propio art. 2º de la ley 24.309, cuyo objetivo era aclarar la finalidad, sentido y alcance de las reformas que quedaban habilitadas para su tratamiento y resolución por la convención reformadora, tampoco se contempló en forma explícita o implícita la posibilidad de modificar los alcances de la garantía de inamovilidad vitalicia del art. 96 de la Constitución Nacional de 1853, y mucho menos disponer que la superación de cierta edad por parte de los jueces federales obraría por sí misma como causal de cesación de esa garantía.

Que, sobre el particular, debe ser observado que en ningún párrafo de los puntos I y J del citado "Núcleo de Coincidencias Básicas" (referidos, respectivamente, a la designación de los magistrados federales y a su remoción), se prevé como tema habilitado el relativo al establecimiento de la caducidad de la garantía de inamovilidad de los jueces por cumplimiento de cierta edad. Es más: en lo que específicamente concierne a la remoción, el punto J del "Núcleo de Coincidencias Básicas" señaló expresamente, como contenido material de la reforma, que las únicas causales admitidas para el desplazamiento de los magistrados, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, serían la de mal desempeño, delito en el ejercicio de las funciones o autoría de crímenes comunes. Tales causales ya estaban previstas, como únicas y excluyentes de otras, en el texto constitucional de 1853 (art. 45).

10) Que, en lo que aquí cabe destacar, las modificaciones a la Constitución de 1853 que autorizó la ley 24.309 con incidencia en la cesación de la garantía de inamovilidad vitalicia consagrada por el art. 96, se refirieron pura y exclusivamente al modo de remoción de los magistrados federales de tribunales inferiores, lo cual debía instrumentarse según la nueva Constitución a través de un Jurado de Enjuiciamiento (punto J, ap. 2, del "Núcleo de Coincidencias Básicas"), implicando la reforma que para tales magistrados

-ya no serían necesario el juicio político, extremo que se mantenía sólo para los jueces de la Corte Suprema de la Nación (cit. punto J, ap. 1).

11) Que tampoco puede ser afirmado que lo dispuesto por el sancionado art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, hubiera estado habilitado dentro del elenco de modificaciones y reformas autorizadas por la ley 24.309 relativamente a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional. En ese orden de ideas, en el punto A del "Núcleo de Coincidencias Básicas" contenido en el art. 2º de la ley 24.309, se clarificó exclusivamente sobre cuál debía ser el alcance que asumirían las reformas al art. 86 de la Constitución de 1853, con el fin de que sus incs. 1, 10, 13 y 20 se adecuaran en su redacción a la aparición de la nueva figura del jefe de Gabinete de Ministros. Como se ve, la cuestión no concernía a la aquí tratada.

Que, asimismo, ninguno de los temas habilitados por el art. 3º de la ley 24.309 respecto de las atribuciones presidenciales guardaba relación, ni siquiera incidental, con la regla finalmente introducida en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero. Al respecto, dicha disposición de la ley declarativa de la reforma constitucional sólo aludió a la posibilidad de establecer —por nuevo inc. al art. 86 de la Constitución de 1853— el acuerdo del Senado para la designación de ciertos funcionarios de organismos de control y del Banco Central, excluida la Auditoría General de la Nación (punto D), y a la actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional (punto E), lo cual, bien entendido, significaba "...eliminar y dejar sin efecto aquellas normas (del artículo) 86 que habían sido derogadas por desuetudo, ya que no se aplicaban y el tiempo las había tornado inútiles, inservibles y obsoletas..." (confr. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, intervención del convencional Llano, versión taquigráfica de la 34a. Reunión, 3a. Sesión Ordinaria del 18.8.94, pág. 4629. En análogo sentido, convencional Auyero, pág. 4616; convencional Cullen, pág. 4658), pero no introducir ex novo aspectos no habilitados expresa y claramente por el Congreso de la Nación.

12) Que en el seno de la Convención Nacional Constituyente hubo quienes destacaron muy especialmente, por una parte, la ausencia de una habilitación legal para que el cuerpo sancionara una cláusula como la que finalmente se introdujo en el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución de 1994, y, por la otra, que no había sido propuesta tampoco por la ley 24.309 la modificación del alcance y efectos de la garantía de inamovilidad vitalicia de los jueces establecida por el art. 96 de la Constitución de 1853 (confr. cit. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, intervención del convencional Cullen, págs. 4660/4661; convencional Maeder, pág. 4665).

13) Que los propios antecedentes de la ley 24.309 corroboran lo que se ha expuesto hasta aquí en orden a que no era tema de reforma constitucional habilitado el atinente a la cesación de la garantía de inamovilidad por cumplimiento de cierta edad.

En efecto, sobre el particular guardaron un significativo silencio: a) el documento del 1º de diciembre de 1993, relativo a los puntos de acuerdo sobre la reforma constitucional de las comisiones del radicalismo y del justicialismo para ser puestos a consideración de los organismos partidarios; b) el Acuerdo

para la Reforma de la Constitución Nacional del 13 de diciembre de 1993 firmado por el señor presidente de la Nación y presidente titular del Partido Justicialista, y por el presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical; y c) el debate parlamentario de la ley 24.309, tanto en la Honorable Cámara de Senadores como en la de Diputados de la Nación.

14) Que, a esta altura, es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a una Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente vale destacar que, las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas "...al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la constitución..." (Manuel Gorostiaga, "Facultades de las Convenciones Constitucionales", págs. 52 y 53, Rosario, 1898; Fallos: 316:2743).

15) Que lo dicho precedentemente no se ve alterado por la invocación que se ha hecho en autos acerca del necesario reconocimiento que debe hacerse sobre la existencia de facultades implícitas en cabeza de la convención reformadora.

Sin duda, quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con facultades implícitas necesarias para llevar a un buen término la misión deferida. Mas predicar la presencia de facultades de esa naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones imprescindibles para el ejercicio de los poderes expresamente concedidos, pero que no son substantivas ni independientes de estos últimos, sino auxiliares y subordinadas. De ahí que no quenga inferir que una modificación de significativa trascendencia, como es la que ataña a establecer una limitación por razón de edad a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales, habrá quedado habilitada suficientemente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar —en los términos del apartado I del "Núcleo de Coincidencias Básicas" incorporado a la ley 24.309— el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado ese tema en el de la adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo.

16) Que toda vez que la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, dispuso expresamente en su artículo sexto que "...serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º de la presente ley de declaración..." (art. 6º), resulta incuestionable que esta Corte en su carácter de interprete final de la Constitución Nacional, se halla facultada para cumplir con el mandato implícito contenido en tal precepto resolviendo lo propio. La misma presencia del art. 6º de la ley 24.309 presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control de la competencia actuada por la convención reformadora, que permita privar de efectos aquello realizado en infracción a los límites impuestos, el cual no puede ser otro que aquel que tiene como atribución esencial la de preservar la supremacía constitucional: el Judicial.

17) Que, en las condiciones que anteceden, por razón de no responder a habilitación alguna contenida en la ley 24.309, corresponde considerar nula de nulidad absoluta la cláusula del art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional sancionada en 1994 (art. 6º de la ley citada), así como, por lógica implicancia, la disposición transitoria undécima.

18) Que tal conclusión torna abstracto el tratamiento de la cuestión que versa sobre la posibilidad de distinguir la situación de los magistrados designados bajo el régimen constitucional vigente hasta 1994 frente a los nombrados con posterioridad, como asimismo la que versa sobre la imposibilidad de invocar derechos adquiridos frente a las disposiciones sancionadas regularmente por una convención reformadora de la Constitución Nacional.

19) Que, valga aclararlo, esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la cláusula impugnada —juicio ajeno a la tarea que incumbe al Poder Judicial—, sino que se asienta en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora.

20) Que, por lo demás, el juramento que el Tribunal ha brindado a la Constitución Nacional sancionada en Santa Fe, Paraná, en el año 1994, no importó enervar el irrenunciable deber que le compete de ejercer el control pertinente en los casos que requieran del examen de la validez de las disposiciones sancionadas por la convención en ejercicio de su poder constituyente derivado (ley 24.309). Al menos aún, el desempeño en modo alguno de la función legítimamente que le confiere el propio ordenamiento que se manda jurar.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario; se revoca la sentencia apelada y, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se hace lugar a la demanda, por lo que se declara nula de nulidad absoluta la cláusula contenida en el art. 99, inc. 4º, apartado tercero de la Constitución Nacional (art. 6º de la ley 24.309), así como, por lógica implicancia, su disposición transitoria undécima. Costas al vencido (art. 68 del código citado). Notifíquese y devuélvanse los autos. —Adolfo Roberto Vázquez.

Disidencia parcial del señor ministro doctor don Gustavo A. Bossert

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —Sala III— revocó la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto había declarado la invalidez de la reforma constitucional y la confirmó respecto a la procedencia de la acción declarativa. En los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación afirmó que el art. 99, inc. 4º, párrafo tercero, de la Constitución Nacional reformada, no altera la garantía de la inamovilidad de que goza el actor, doctor Carlos Santiago Fayt, juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de su

designación bajo el régimen constitucional anterior a la reforma de 1994. Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 221/221 vta.

2º) Que los argumentos por los cuales el Estado Nacional pretende la apertura del recurso extraordinario son los siguientes: a) es errónea la línea divisoria entre magistrados federales designados bajo el régimen previsto por la Constitución, en su texto anterior a la reforma de 1994, y los magistrados nombrados por el nuevo régimen; no existen derechos adquiridos frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo; b) el nuevo texto constitucional no modificó la garantía de la inamovilidad de los jueces, pues el art. 99, inc. 4º, de la ley Fundamental contiene, tal como fue la intención de los señores convencionales, una exigencia de carácter objetivo e impersonal; c) la reforma constitucional en el punto que se halla en discusión, es válida y responde a los términos de la norma que la convocó y que le atribuyó competencia; ello es así, pues tanto el art. 2º de la ley 24.309, como el "Núcleo de Coincidencias Básicas", contemplaron como materia de revisión lo relativo a la "designación de los jueces federales"; d) la sentencia está viciada por incongruencia, por no aplicar una norma constitucional sin pronunciarse sobre su validez; e) también incurte en arbitrariedad por no rebatir los fundados argumentos de su parte, contrarios a la admisibilidad de la acción declarativa en el *sub lite*.

3º) Que en lo concerniente a la procedencia formal de la demanda en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los agravios de la demandada son inadmisibles por los fundamentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen que antecede, a cuyos argumentos corresponde remitirse por razones de brevedad.

4º) Que el Tribunal comparte, asimismo, la opinión vertida por el señor Procurador General en el capítulo VII de su dictamen, en cuanto al fundamento y alcance de la admisibilidad formal del recurso federal, pues se halla en tela de juicio la validez e interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional y de otras normas federales relativas al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 30 de la ley Fundamental, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas fundó elapelante.

5º) Que en la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales a las que se refiere el art. 14 de la ley 48, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal inferior y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorga (doctrina de Fallos: 308:647; 317:1773; 320:2647, entre muchos otros).

6º) Que la independencia de los jueces hace a la esencia del régimen republicano y su preservación no sólo debe ser proclamada sino respetada por los otros poderes y sentida como una vivencia insustituible por el cuerpo social todo. Al respecto, ha dicho la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica que una justicia libre del control del Ejecutivo y del Legislativo es esencial, si existe el derecho de que los procesos sean resueltos por jueces

exentos de la potencial dominación de otras ramas del gobierno ("United States v. Will", 449 U.S. 200, 217-218; 1980, citado en el fallo de esta Corte I.90. XXIV "Iribarren, Casario Rafael c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 22 de junio de 1999, considerando 11).

7º) Que el principio general de la inamovilidad de los jueces establecido en el art. 110 de la Constitución Nacional, esencial para la preservación de su independencia de criterio, ha sido limitado por el citado art. 99, inc. 4º, de la Constitución Nacional que, tras establecer los actos necesarios para el nombramiento de los jueces, dispone "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 mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite".

Conforme a la disposición transitoria undécima, la limitación temporal establecida en el art. 99, inc. 4º, entrará en vigencia cinco años después de la sanción de la reforma constitucional que fue sancionada el 22 de agosto de 1994.

8º) Que el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley. Esta Corte ha señalado que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 313:1007).

9º) Que conforme a dicho principio interpretativo, la limitación a la inamovilidad que impone el citado art. 99, inc. 4º, ha sido establecida respecto de quienes después de la sanción de la reforma constitucional "cumplan la edad de setenta y cinco años". Conforme a ello, tal limitación no afecta la inamovilidad del juez Fayt puesto que el actor, nacido el 1º de febrero de 1918 (ver fs. 92), ya había superado esa edad al sancionarse la reforma.

La limitación del art. 99, inc. 4º, alcanza tanto a los jueces designados con posterioridad a la reforma constitucional como a quienes hemos sido designados con anterioridad a dicha reforma, pero impone como condición un hecho incierto y futuro limitando su aplicación a quienes con posterioridad a la reforma cumplan 75 años; el uso del tiempo futuro en la norma no deja dudas sobre su alcance. Sostener lo contrario, darle a la condición de un hecho futuro impuesta por la norma un significado propio de otra expresión capaz de abarcar el pasado, significaría el absurdo hermenéutico de convertir la limitación excepcional en regla general.

10) Que la limitación al principio básico de la inamovilidad de los jueces, en su naturaleza como toda excepción o límite a principios generales, debe

ser interpretada estrictamente y no extendiendo lo que surge del texto de la norma (doctrina de Fallos: 316:2940, considerando 18).

Un principio general admite casi siempre excepciones y lo restrictivo de la excepción es también ya establecido y expresado en el derecho romano bajo la expresión *exceptionis strictissimae interpretationis* (Rafael Bielsa, Metodología Jurídica, Santa Fe, Librería y Editorial Castellvi S.A., 1961, pág. 146).

11) Que "la citada Interpretación no admite discusión en tanto se observe que el principio de inamovilidad de los jueces es requisito esencial para la debida preservación de las instituciones republicanas, razón por la cual resulta necesario interpretar en forma restrictiva... las disposiciones constitucionales que permiten la separación del cargo de aquéllos magistrados nombrados de conformidad con las leyes (Fallos: 312:1686, disidencia del juez Belluscio). Este razonamiento se impone toda vez que el sistema constitucional de designación y remoción de los jueces y las leyes que reglamentan la integración de los tribunales, ha sido inspirado en móviles superiores de elevada política institucional con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Tal sistema se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado (Fallos: 310:804 pág. 815 y 312:1686, disidencia del juez Belluscio)".

Por ello, con el alcance de los fundamentos dados en esta sentencia, se confirma lo resuelto por el a quo en cuanto hace lugar a la acción declarativa del señor juez doctor Carlos Santiago Fayt. Costas pór su orden. Notifíquese y remítase. Gustavo A. Bossert.

تمام