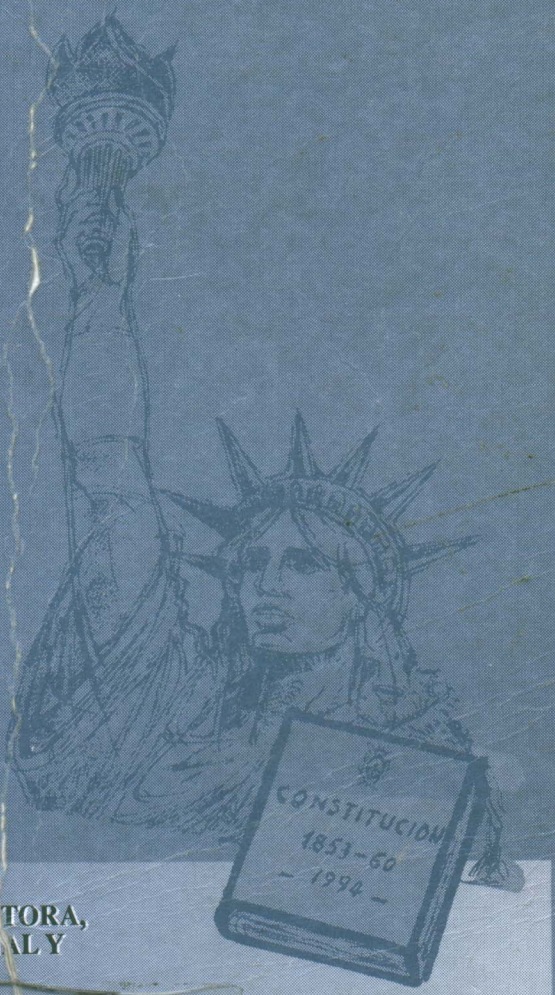
MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo III

GERMAN J.
BIDART
CAMPOS



EDIAR
SOCIEDAD ANONIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y
FINANCIERA

MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

GERMAN J. BIDART CAMPOS

MANUAL DE LA CONSTITUCION REFORMADA

Tomo III

SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

ISBN: 950-574-121-9

IMPRESO EN LA ARGENTINA
Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723
Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927 6to. piso. Buenos Aires.
1997

— *A la memoria de María Elvira Pérez Rovira de Sein, Leda Ponce de Navarro O'Connor y Amadeo Navarro O'Connor.*

— *A Jorge Sáenz y Andrés D'Alessio, con afectuosa gratitud.*

— *A Oscar R. Puccinelli, joven ejemplo de vigorosa presencia intelectual y docente.*

— *A Jorge Mosset Iturraspe, por su valiosa producción jurídica.*

— *A Hernán Sankovic, brillante ejemplo de tenaz vocación.*

CAPÍTULO XXX

LA PARTE ORGANICA

I. EL PODER. - Su encuadre. - El gobierno y los órganos. - *La competencia.* - Los órganos "extrapoderes". - Los "sujetos auxiliares". - Las relaciones en los órganos del poder. - II. LA LLAMADA "DIVISIÓN DE PODERES". - La "tríada" de poderes y su finalidad. - El derecho judicial en materia de división de poderes. - Otros principios "divisorios". - La clasificación de las funciones del poder. - *La gradación de las funciones del poder.* - *Una nueva clasificación de las funciones del poder.* - La "politicidad" de las funciones del poder. - El paralelismo de las competencias. - La competencia y la zona de reserva. - El diagrama de la competencia. - La "delegación" y la "imputación" de competencia y de funciones. - Los principales perfiles de la competencia. - *Los tres nuevos órganos extrapoderes de los artículos 85, 86 y 120.* - *Algunas otras puntualizaciones.* - III. EL NUEVO ESQUEMA DEL PODER EN LA REFORMA DE 1994. - Su diseño. - La participación de unos órganos en otros ajenos. - *La Comisión Bicameral Permanente del congreso.* - El poder ejecutivo. - Los órganos de control. - El poder judicial. - Los partidos políticos. - Los controles. - La descentralización política. - IV. EL ARTÍCULO 36 Y EL PODER. - Su relación. - *El bien jurídico penalmente tutelado.* - Los actos de fuerza incriminados. - *Las sanciones penales.* - La ética pública. - *El delito doloso contra el estado.* - V. EL PODER EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. - Los gobiernos locales son "Autoridades de la Nación". VI. EL REPARTO DE COMPETENCIAS DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1994. - Estado federal, provincias, municipios y ciudad de Buenos Aires. - *Algunos deslindes específicos.* - VII. EL PODER Y LAS ÉPOCAS DE FACTO. - La emergencia revolucionaria. - El funcionamiento del poder. - VIII. LAS PRESIONES SOBRE EL PODER. - Su descripción. - Los factores de presión y los factores de poder. - *Su permanencia.* - Nuestra valoración.

I. EL PODER

Su encuadre

1. — La *parte orgánica* de la constitución, a la que asignamos el nombre de "derecho constitucional del poder", es la que ordena al poder del estado. Hay que estructurar y componer los órganos y funciones, y hay que organizar todo el aparato orgánico-funcional que, en sentido lato, llamamos *gobierno.*

El poder del estado es un poder sobre hombres, un *mando* de uno o pocos individuos sobre muchos individuos, que distingue al *grupo gobernante* de la *comunidad gobernada,* en la irreductible realidad dicotómica del *mando* y la *obediencia.*

Para *poder y gobierno* remitimos al Tomo I, cap. VII, nº 50.

El poder es dinámico y, a través del gobierno que lo ejerce, imprime dinamismo al estado que, por eso mismo, equivale a *régimen político;* el estado o régimen transcurre en un *proceso* —el proceso político— y todo ello es una realidad política *juridizada.* El "modo" de "estar constituido" el estado en su funcionamiento empírico coincide con la constitución material.

Decir que es el poder el que, a través del gobierno que lo ejerce, imprime dinámica al estado permite aclarar que todo el régimen político pende del poder, y no porque la sociedad y las personas que son parte de ésta resulten espectadores pasivos sin protagonismo político, sino porque en la interconexión entre poder y sociedad el accionar del poder es el que confiere al estado su estructura real y su modo efectivo de vigencia sociológica en la constitución material.

2. — El *derecho constitucional del poder* es —entonces— el ámbito o sector que ordena la estructura del poder.

El derecho constitucional del poder no es ni debe considerarse un compartimiento estanco. Por un lado, el ejercicio del poder no se recluye ni clausura dentro de la estructura gubernamental que lo pone en ejercicio, porque *se expande y proyecta hacia la sociedad;* por otro lado, la *parte dogmática* de la constitución no se incomunica sino que guarda relación recíproca con la organización del poder. Por esta tangente, el sistema axiológico integrado por valores, principios y derechos *obliga y limita al poder* que, en consecuencia, es un poder limitado, repartido y controlado. Latamente, se trata de la reciprocidad entre "derechos de la persona" y "división de poderes".

Después de la reforma constitucional de 1994 hemos dicho que, desde nuestra perspectiva, se da un fenómeno novedoso, cual es el de que en la parte orgánica de la constitución se disemina una constelación de *principios, valores y derechos* que, sin duda alguna, remarca la interrelación entre dicha parte orgánica y la tradicional parte dogmática —ahora extendida desde el art. 1º al art. 43—. (Ver Tomo I, cap. IV, nºs. 13 a 17).

3. — Aunque haya que emigrar hacia fuera del perímetro estricto del poder estatal y de sus órganos y funciones, el derecho constitucional del poder necesita auscultar zonas que le son aledañas. Por un lado, se ubica la llamada *tecnoburocracia,* que cada día precisa profesionalizarse más para servir de

apoyo a los gobernantes. Y sin integrar los cuadros del poder, es indispensable prestar atención a la *partidocracia,* a los *sujetos auxiliares del poder,* y a los *factores de presión y de poder.* Además, la misma *sociedad* —o, si se prefiere, "el pueblo"— va asumiendo progresivamente protagonismos activos que la sustraen de la pasividad, de la neutralidad o de la indiferencia, en buena proporción merced al contacto cotidiano que el hombre común toma con los asuntos públicos a través de los *medios de comunicación masiva.*

El gobierno y los órganos

4. — El poder del estado se ejerce por *hombres.* A los hombres que asumen esa tarea se les llama *órganos,* y su conjunto compone el *gobierno.*

En los órganos estatales se acepta un doble enfoque: a) el "órgano-*individuo*", que es la pesona física (una o varias) que realiza la función o actividad del poder; b) el "órgano-*institución*", como repartición con una determinada esfera de competencia. El órgano-individuo se visualiza desde el *orden de la realidad,* porque hemos dicho que es un hombre, o varios; el órgano-institución se visualiza desde el *orden de normas* que lo describe.

Así, el "congreso", el "poder ejecutivo" y el "poder judicial" son *órganos-institución,* que el orden de normas configura y describe, en tanto los diputados y senadores son los *órganos-individuo* del congreso; el presidente de la república es el *órgano-individuo* del poder ejecutivo; y los jueces son los *órganos-individuo* del poder judicial.

El poder del estado como capacidad o energía para cumplir su fin es *"uno" solo,* con *"pluralidad" de funciones y actividades.* Lo que se divide no es el poder, sino las funciones y los órganos que las cumplen. Cuando el derecho constitucional habla de "poderes" —en plural— quiere mentar los "órganos institución" con sus respectivas competencias.

Los órganos del poder no son personas jurídicas, no tienen personalidad; la persona jurídica con "personalidad" es el *estado.* Por eso, ni los órganos de poder separadamente considerados (cada uno en particular), ni el "gobierno" que integran en conjunto, pueden ser demandados en juicio; al que hay que demandar es al "estado". (Las excepciones son escasas).

La competencia

5. — El órgano-institución tiene un área de *competencia* y un conjunto de atribuciones y facultades. La competencia es la asignación de "su" función a un órgano-institución. El uso del poder "fuera"

de la competencia provoca *exceso o abuso de poder; y* el uso del poder "dentro" de la competencia, pero con un "fin" distinto, la *desviación de poder.* En el derecho constitucional del poder, *la incompetencia es la regla y la competencia la excepción.*

Este principio es aplicación de otro más genérico, que se refiere a todas las personas morales y jurídicas, asociaciones o colectividades institucionalizadas, y que se puede llamar la *regla de especialidad:* mientras para el hombre ocurre lo contrario —todo lo que no le está prohibido le está permitido— para aquellos entes *sólo hay competencia asignada en miras al fin específico* para el cual existen y para cuyo logro se los reconoce jurídicamente. De donde, en el derecho constitucional del poder la competencia de los órganos debe estar atribuida, bien que en su área puedan existir los llamados "poderes implícitos".

Cuando el art. 19 establece que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, es errado hacerle decir que los órganos de poder pueden hacer lo que la ley no les prohíbe hacer. Y lo es porque la cláusula citada no está dirigida al poder sino a las personas, y el poder necesita tener competencia para hacer algo, de modo que debe omitir todo aquello para lo cual carece de competencia.

6. — La competencia condiciona la validez del acto, de modo que el emitido fuera de ella se considera afectado de *nulidad.*

La competencia no constituye un "derecho subjetivo" del órgano. Como en principio el estado no es titular de derechos, la competencia de sus órganos de poder tampoco ha de ser considerada un derecho.

7. — Así como decimos que la competencia no es un "derecho", añadimos que tampoco es una obligación, porque muchas competencias son de ejercicio *optativo,* o dejan espacio para elegir el momento y los medios conducentes.

Cuando son de ejercicio obligatorio cabe hablar de *obligaciones constitucionales* del órgano competente. (Ver nº 31).

Los órganos "extrapoderes"

8. — Para nuestro derecho constitucional del poder, nos va a ser muy útil el manejo de una categoría especial de órganos a los que se denomina *"órganos extrapoderes".*

La teoría clásica de Montesquieu ha elaborado una *tríada o trinidad* de poderes: *ejecutivo, legislativo y judicial,* y ha incluido en esa tríada a todos los órganos y todas las funciones del poder. No obstante, aparecen, a veces, otros órganos que no encajan en ninguno

de los tres poderes citados. El derecho constitucional del poder los coloca, entonces, *al margen o fuera* de ellos, aunque en relación con los mismos. Por estar al margen o fuera, se les da el mencionado nombre de órganos "extrapoderes".

Los "sujetos auxiliares"

9. — Encontramos también fuera de los tres poderes clásicos, pero sin tener calidad de órganos, una serie de *sujetos auxiliares del poder.* A estos sujetos los reputamos también "extrapoderes" porque no forman parte de ninguno de los poderes de la tríada, pero *no* los involucramos entre los "órganos" extrapoderes porque *carecen de la naturaleza de órganos estatales.*

Así, serían sujetos auxiliares del estado: la Iglesia Católica, el cuerpo electoral, los partidos políticos, los sindicatos, etc. Tales sujetos pueden ser, en su caso, personas públicas o entes "paraestatales" que, como auxiliares del estado, están "al lado" de él, pero en ese caso hay que decir que tienen naturaleza de personas de derecho público "*no* estatales". Un ejemplo claro de estas últimas son las universidades nacionales, a las que el art. 75 inc. 19 párrafo tercero les reconoce autonomía y autarquía.

Resulta interesante tomar en cuenta que después de la *reforma constitucional de 1994* hay competencias que corresponden estrictamente a los órganos del poder estatal pero que intercalan en el procedimento propio de su ejercicio la intervención, *desde la sociedad,* de un *sujeto auxiliar* del poder que *no es órgano de poder;* lo vemos en la participación que le incumbe al *cuerpo electoral* mediante *iniciativa legislativa* en la etapa de iniciativa para la formación de la ley (art. 39) y mediante *consulta popular vinculante* para convertir —o no— en ley a un proyecto que le es sometido por el congreso (art. 40). Hay, además, posible *consulta popular no vinculante* (art. 40). Para el desarrollo de este tema, remitimos al cap. XXXV).

Las relaciones en los órganos del poder

10. — La actividad de los órganos del poder implica *relaciones* de muy variada especie, sea dentro del mismo órgano, sea de éste en relación con otro, sea en relación con los gobernados.

Llamamos: a) *relaciones interórganos,* a las que se dan *"entre" dos o más órganos;* b) *relaciones intraórganos* a las que se dan *"dentro" de un órgano* colegiado o complejo (si el órgano es complejo, o sea,

formado por más de un órgano, las relaciones intraórgano pueden ser simultáneamente relaciones "entre" los órganos que componen al órgano complejo); por fin, c) *relaciones extraórganos* son las que vinculan a los llamados sujetos auxiliares del estado con órganos del poder o con órganos extrapoderes.

Algunos ejemplos pueden ser los siguientes:

a) En las *relaciones interórganos*, las que se dan:

a') entre el poder ejecutivo y los ministros;

a") entre el poder ejecutivo y el congreso;

a'") entre los ministros y el congreso;

a"") entre el poder judicial y otros órganos del poder.

b) En las *relaciones intraórganos*, las que se dan:

b') entre las dos cámaras del congreso;

b") entre órganos del poder judicial;

b'") para quienes consideran que nuestro poder ejecutivo no es unipersonal (porque incluyen dentro de él al ministerio), entre el presidente de la república y sus ministros.

c) En las *relaciones extraórganos*, las que se dan:

c') entre un órgano de poder (por ej., congreso o poder ejecutivo) y un sujeto auxiliar de poder (que no es órgano de poder, por ej., los partidos, el cuerpo electoral, los sindicatos, etc.);

c") entre un órgano extrapoderes (que es órgano, por ej., el ministerio) y un sujeto auxiliar del poder.

II. LA LLAMADA "DIVISION DE PODERES"

La "tríada" de poderes y su finalidad

11. — Nuestra constitución formal ha acogido el sistema clásico de la llamada *división de poderes*, consistente en el reparto de órganos y funciones dentro de la tríada que la constitución formal compone con las denominaciones de "poder legislativo" - "poder ejecutivo" - "poder judicial".

Esto no quita que reconozcamos la existencia de órganos creados por la propia constitución, a los que colocamos fuera de la tríada y definimos como ***extrapoderes*** (ver nº 8).

Con la *reforma constitucional de 1994*, el diagrama de la división

de poderes ha sufrido modificaciones importantes que, sin deteriorarla, le han impreso caracteres nuevos.

Ver acápite III.

12. — La división de poderes en nuestro derecho constitucional responde a la ideología de *seguridad y control* que organiza toda una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos. Es importante reconocer que la estructura divisoria debe interpretarse en torno de la finalidad básica que persigue: *evitar la concentración* que degenera en tiranía (o autoritarismo), y *resguardar la libertad de las personas.*

13. — De este breve repertorio de pautas deducimos un eje inalterable que resumimos así:

a) la *independencia* de cada uno de los "poderes" con respecto a los otros;

b) la *limitación* de todos y cada uno, dada por: b') la esfera propia de competencia adjudicada; b") la esfera de competencia ajena; b"') los derechos de los habitantes; b"") el sistema total y coherente de la constitución en sus dos partes —dogmática y orgánica— que deben interpretarse de manera armónica y compatible entre sí con el contexto integral;

c) el *control de constitucionalidad a cargo de los jueces,* no como superioridad acordada a éstos por sobre los otros poderes, sino como defensa de la constitución en sí misma cada vez que padece transgresiones.

El derecho judicial en materia de división de poderes

14. — En torno de la división de poderes, el *derecho judicial* derivado de la Corte Suprema ha sentado numerosos principios:

a) "siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes públicos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno";

b) la doctrina de la limitación de los poderes es de la esencia de ese sistema de gobierno, que impone la supremacía de la constitución y excluye la posibilidad de la omnipotencia legislativa;

c) ningún órgano puede invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido;

d) ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas;

e) "es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la nación aplica e interpreta la constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente";

f) "para poner en ejercicio un poder conferido por la constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma constitución";

g) el control de constitucionalidad que pertenece al poder judicial no debe menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes; por ende, ese control no alcanza a la conveniencia o inconveniencia, acierto o error, justicia o injusticia, oportunidad o inoportunidad con que los otros poderes ejercen sus funciones y escogen los medios para cumplirlas;

h) la tesis de las cuestiones políticas no judiciables —que nosotros rechazamos— ha sido construida, precisamente, en torno del supuesto respeto a la división de poderes, para no interferir ni menoscabar la esfera de los actos privativos que se consideran irrevisables, pese a la eventual infracción a la constitución que en su ejercicio pueda ocasionarse.

Otros principios "divisorios"

15. — La clásica expresión "división de poderes" —como acabamos de ver— ha sido usada habitualmente para aludir al reparto y a la distribución de órganos y funciones *dentro del gobierno.*

No obstante, es importante que tracemos otros lineamientos de "separación" adicionales.

a) Recurriendo a Maurice Hauriou, cabe hablar de *tres separaciones* ineludibles respecto del poder del estado, que son: a') el *poder religioso* —o espiritual— propio de las iglesias; a") el *poder militar,* propio de las fuerzas armadas; a"') el *poder económico,* que tiene su sitio en la sociedad. Ninguno de estos tres poderes ha de fusionarse, ni confundirse, ni entrar en maridaje con el poder estatal, como tampoco éste debe asumirlos para sí. No obstante, el poder militar tiene que subordinarse al poder del estado en el estado democrático, y el poder del estado tiene que ejercer rectoría y control respecto del poder económico —respetando razonablemente el ámbito de libertad que corresponde al último dentro de la sociedad—.

b) Glosando a Pedro J. Frías decimos también que hay otra separación o división entre *poder y sociedad,* porque el estado democrático deja fuera de su poder todo el espacio de libertad necesaria a favor de la sociedad, sin intrusiones arbitrarias, para que quede a salvo el sistema de derechos de la persona y de las asociaciones.

c) Alberto A. Spota, por su parte, habla de tres divisiones: c') una primera, entre *poder constituyente y poder constituido;* c") una segunda, entre *estado federal y provincias,* a la que personalmente agregamos, sobre todo después de la reforma de 1994, los *municipios de provincia* y la *ciudad autónoma de Buenos Aires;* c"') la tercera, que es la *clásica división de poderes* dentro del gobierno federal y de los gobiernos locales.

d) Los añadidos que hemos incorporado en el inc. c.") del anterior inc. c) dan lugar a una cuarta división entre: d') *poder provincial y poder municipal.*

La clasificación de las funciones del poder

16. — Cuando se toma rígidamente la sencilla trilogía de *"congreso* (o parlamento) - *poder ejecutivo - poder judicial"* se anexa a cada uno de los respectivos órganos su propia *función,* que por consiguiente también se triplica: "función *legislativa* - función *administrativa - administración de justicia* (o jurisdicción)".

No obstante, la realidad no es tan simple como estas categorías lo sugieren. Por un lado, el poder ejecutivo cumple una *función política* que no puede confundirse ni identificarse con la administrativa. También el congreso posee competencias de naturaleza *política* y de naturaleza *administrativa.* Por otro lado, el poder judicial incluye en su órbita, fuera de su función estrictamente jurisdiccional, una dosis de función *administrativa.* Hay, además, actividad jurisdiccional en tribunales que no son judiciales sino administrativos y, a su modo, en el congreso cuando lleva a cabo el juicio político, y en el Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento en el mecanismo de juzgamiento para la remoción de jueces.

Como añadidura, queda todavía por recordar que la doctrina no es unánime a la hora de conceptualizar cuál es la índole de cada una de las funciones, si es que la define en un sentido material por su naturaleza, y no orgánicamente por el órgano que la cumple o ejerce.

17. — Finalmente, debemos resaltar que esta indagatoria acerca de las funciones del poder se circunscribe a las que son propias del poder del estado, o sea, a las que con su ejercicio ponen en acción *fuentes estatales* de producción jurídica (normas, actos, sentencias).

Por ende, cuando enfocamos *fuentes ajenas al estado* (al nuestro y a cualquier otro) no podemos encapsular a sus productos en estos casilleros del derecho estatal interno ni en la órbita de las funciones del poder. Estamos pensando, por ejemplo, en los tratados internacionales, en las sentencias que dictan tribunales supraestatales, en los laudos arbitrales, en los convenios colectivos de trabajo, etc., a cuyo conjunto podemos englobar entre las *fuentes extraestatales,* aun cuando en algunos casos se registre —como es el de los tratados— la intervención de uno o más estados.

Un tratado —por ej.—, pese a que su proceso de formación se ubica en el área del poder constituido (como que intervienen el poder ejecutivo y el congreso), no traduce ejercicio de ninguna de las tres funciones clásicas de dicho poder; no es legislación, ni administración, ni jurisdicción. Firmarlo, aprobarlo, y ratificarlo, son actos esencialmente *políticos.* Pero, no obstante ser "tratado" y no "ley", es susceptible de incorporarse al derecho interno argentino.

La gradación de las funciones del poder

18. — Al trasladar las nociones expuestas a la gradación o *escala jerárquica* de las funciones del poder, la consecuencia es ésta: en esa serie de planos del ordenamiento jurídico interno, la *supraordenación* y la *subordinación* tienen que limitarse dentro de la pirámide jurídica a las fuentes y productos estatales (o internos). O sea, a las funciones específicas del poder estatal.

Si esto se acepta, el *escalonamiento infraconstitucional* coloca en el primer nivel a la *legislación,* en el siguiente a la *administración,* y en el tercero a la *administración de justicia.* Expresado en otros términos, se dice que la legislación solamente tiene por encima a la constitución; la administración a la legislación; y la administración de justicia a la legislación y la administración, de modo que administración y administración de justicia son "sub-legales".

19. — Este esquema, que no toma en cuenta a las fuentes extraestatales, adquiere modalidades diversas cuando relaciona dichas fuentes con las funciones del poder. Así, en nuestro ordenamiento constitucional los tratados internacionales —con o sin jerarquía constitucional— están por encima de las leyes y, por ende, de las otras dos funciones sublegales; los convenios colectivos de trabajo que no pueden contrariar a las leyes de orden público, no pueden sin embargo —en nuestra opinión— ser derogados por una ley, etc.

En consecuencia, la gradación de las fuentes internas y su respectiva producción jurídica queda retocada al insertarse en nuestro ordenamiento interno una fuente extraestatal y su producto normativo.

20. — El diseño piramidal que dentro del derecho interno da lugar al escalonamiento de las funciones del poder no implica pronunciamiento sobre la mayor o menor *valiosidad* de cada una de esas funciones. Así, aun cuando la de administrar justicia ha sido situada por debajo de la función legislativa y de la administrativa, personalmente le reconocemos valiosidad más excelsa que a las otras dos. Tampoco implica ignorar que frente a la legislación vienen ganando importancia otras fuentes (algunas estatales, como las sentencias y las resoluciones administrativas; otras internacionales, como los tratados; y otras extraestatales, como los contratos).

Una nueva clasificación de las funciones del poder

21. — No es de desperdiciar alguna nueva clasificación de las funciones —como es la de Loewenstein— que habla de "*adopción* de decisiones", "*ejercicio* (o cumplimiento) de decisiones", y "*control* de decisiones". Que en la dinámica del proceso de poder se adoptan, se ejecutan, y se controlan decisiones, es muy cierto. Que cada una de esas cosas sea realmente una "función" específica (como se entiende que lo es cada una de las tres clásicas) resulta opinable.

De todas maneras, y aunque más no sea en el ámbito de competencias del congreso y del poder ejecutivo, cada uno de estos órganos cumple tanto algunos actos que implican "adoptar" decisiones, cuanto otros que importan "ejecutar" y "controlar" decisiones. De tal forma, no es fácil en nuestro derecho constitucional del poder repartir entre órganos distintos y separados a cada una de estas tres supuestas "funciones" (adopción, ejecución, control de decisiones), porque dos o más de ellas pueden acumularse en un mismo órgano.

La "politicidad" de las funciones del poder

22. — La gradación de las funciones nos ha prestado servicio para ordenar las tres clásicas de legislación, administración y jurisdicción. Pero allí no se cierra el espectro ni se resuelve todo, porque ya dijimos que tanto el congreso como el poder ejecutivo cumplen *actos estrictamente "políticos"* que no encuadran en ninguna de aquellas tres funciones; por ej., intervenir una provincia; crear nuevas provincias; declarar el estado de sitio o la guerra; firmar, aprobar (o desechar) y ratificar tratados internacionales, etc.

Necesitamos ahora hacer una breve aclaración. Hemos hablado de ciertos actos estrictamente o esencialmente "políticos", que cumplen los órganos de poder, y que no se encasillan en ninguna de las tres funciones clásicas. ¿Quiere ello decir que estas tres funciones no tienen naturaleza política? De ninguna manera. Todas las competencias del poder, todas las funciones, todos los actos

son *políticos*, por la sencilla razón de que "lo estatal" es siempre "político" por naturaleza, y de que aquí nos hallamos frente a funciones y actividades del poder del estado. ¿Cómo es, entonces, que a cierta especie de actos los apodamos "estrictamente *políticos*", y los situamos fuera de las tres funciones clásicas que también son políticas?

Es que lo político admite niveles o intensidades diferentes, de mayor a menor. Toda actividad del poder estatal es política, pero no condensa la misma dosis de politicidad. No es lo mismo declarar la guerra o el estado de sitio, que dictar una ley, o reglamentarla, o conceder una jubilación, o disponer un desalojo. De ahí que a los actos que acusan la mayor dosis e intensidad políticas, los llamemos actos *esencial o estrictamente* "políticos". Con esta explicación cae de su peso que administrar justicia es también actividad política y que toda sentencia tiene naturaleza política, porque emana de un órgano del estado que cumple una función propia del poder estatal, que es político.

El paralelismo de las competencias

23. — El "paralelismo" de las competencias es un principio general según el cual el órgano que tiene competencia para emitir un acto o una norma es el que dispone de competencia "paralela" para dejarlos sin efecto.

Así, las leyes que dicta el congreso se derogan por otras leyes del mismo congreso; los decretos o reglamentos del poder ejecutivo, por otros decretos o reglamentos del mismo poder ejecutivo, etc.

Sin embargo, este *principio no es rígido ni absoluto*, y admite excepciones, de las que sólo daremos algunos ejemplos: a) Una sentencia declarativa de la inconstitucionalidad de una ley podría investir efecto invalidatorio general ("erga omnes") respecto de esa ley, que perdería vigencia sociológica (restando indagar doctrinariamente si también podría quedar formalmente "derogada" con pérdida de su vigencia normológica); b) La derogación de una ley apareja la pérdida de vigencia sociológica de su decreto reglamentario; c) Los jueces pueden "anular" (con efecto extintivo) actos administrativos del poder ejecutivo, de su administración dependiente, y del congreso; d) Un tratado internacional opuesto a una ley, al prevalecer sobre ésta, impide su aplicación (quedando a la doctrina esclarecer si apareja la derogación formal de dicha ley, o su inconstitucionalidad).

La competencia y la zona de reserva

24. — La *zona de reserva* de cada poder compone un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro poder; hay así: a) una zona de reserva de la *ley* (o del congreso); b) una zona de reserva de la *administración* (o del poder ejecutivo); y c) una zona de reserva del *poder judicial*.

Cuando tomamos en cuenta a los *órganos extrapoderes,* que después de la reforma constitucional de 1994 entendemos que han aumentado (ver acápite III), es necesario reconocerles también su zona de reserva.

Algunos pocos ejemplos esclarecen el tema. Así:

a) *Reserva de la ley:* se precisa ley para crear impuestos, para expropiar, para establecer delitos y penas, etc.;

b) *Reserva de la administración:* el presidente de la república y su jefe de gabinete (que es órgano extrapoder) nombran al personal que la constitución prevé para la administración pública o para cargos determinados de naturaleza política; tienen el respectivo poder reglamentario, etc.; el presidente "delega" en el jefe de gabinete las facultades que la constitución señala, etc.;

c) *Reserva del poder judicial:* los tribunales de justicia dictan sentencia en los procesos de su competencia, ejercen privativamente el control constitucional, etc.

25. — Hablar de la *zona de reserva* exige una breve aclaración. Hay pautas en la constitución, especialmente las que se conectan con el sistema de valores, principios y derechos, que *obligan a todos los órganos de poder.* Ello no autoriza a que uno invada las competencias de otros pero, resguardadas las que son privativas de cada uno, también cada uno cuando ejerce las suyas propias debe dar aplicación a las citadas pautas.

Así, por ej., cuando el art. 14 bis obliga al congreso a desarrollar mediante ley los derechos allí consagrados, no impide que esos derechos reciban reconocimiento y efectividad en el ejercicio de las competencias de los otros órganos distintos del congreso cuando actúan en el ámbito que les corresponde.

El diagrama de la competencia

26. — Según vimos al efectuar el análisis de la división de poderes en el derecho judicial, cada uno de los tres poderes tiene su masa propia de competencia, de lo que podemos inducir que:

a) Cuando la constitución señala a qué órgano pertenece una competencia, quiere decir que, implícitamente, tal competencia *no* puede —como principio— ser ejercida por otro órgano; por ej.: señalar quién debe dictar las leyes apareja señalar quien "no debe" dictarlas;

b) Cada competencia asignada a un órgano involucra la de *interpretar y aplicar* las normas de la constitución que la conceden (cada vez que el órgano va a ejercer esa misma competencia); de esta pauta se infiere que todos los órganos de poder deben, cuando usan sus competencias constitucionales, preservar la supremacía de la constitución;

c) Cuando en el vértice del ordenamiento jurídico se coloca a la constitución y a los tratados de derechos humanos que conforme al art. 75 inc. 22 tienen la misma jerarquía de la constitución, cada competencia —conectada con la fuente internacional, que es extraestatal— se escalona en una gradación con planos subordinantes y subordinados (por ej., la legislación tiene por sobre sí a los tratados que son supralegales; la administración, a los tratados y a la legislación; la administración de justicia, a los tratados, la legislación y la administración); no se trata de que unos órganos guarden dependencia respecto de los que cumplen funciones subordinantes, sino de que la función de cada uno debe adecuarse a las normas y los actos de jerarquía superior;

d) En el marco de ubicación de cada competencia, el órgano que la ejerce goza de margen para escoger los *medios* razonables que considera más apropiados y conducentes, siempre que no resulten incompatibles con el principio de razonabilidad y con las limitaciones que, expresa o implícitamente, surgen de la constitución que habilita a esa misma competencia;

e) Como principio, creemos que no puede sostenerse que: e') el congreso en su competencia legislativa dispone de discrecionalidad y arbitrio absolutos para asignar a la ley (por ej., la de presupuesto) cualquier contenido; ni que: e") disponga de competencias anteriores y superiores a la propia ley (por ej., para ejercer sus facultades de investigación prescindiendo de las leyes que exigen orden judicial para detener personas, allanar domicilio, etc.);

f) Como principio general se puede aceptar que, otorgada una competencia por la constitución, el órgano respectivo dispone de los llamados "poderes *implícitos*" para hacer efectivos los que le han sido expresamente reconocidos.

La "delegación" y la "imputación" de competencia y de funciones

27. — El principio divisorio encierra un reparto de competencias entre órganos separados. Tal adjudicación obliga a plantearse la

pregunta de si es válido que un órgano transfiera motu proprio a otro esa competencia, total o parcialmente. Es lo que se denomina *delegación de competencias,* facultades, o poderes.

La delegación que en nuestro derecho se da en llamar *"propia"*, consiste —según fórmula judicial de la Corte Suprema— en que una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándolo sobre ella. Esta forma de delegación, a falta de norma habiltante en la constitución, es *violatoria* de la constitución.

Conviene distinguir que no toda violación a la división de poderes supone como causa una delegación. En la delegación, el órgano delegante transfiere por su propia voluntad a otro, una masa total o parcial de sus competencias. En cambio, no hay delegación, pero sí vulneración a la división de poderes, cuando un órgano ejerce competencias de otro sin que éste se las haya cedido, o cuando un órgano interfiere en la zona de reserva de otro —con o sin consentimiento de éste—.

28. — La *imputación de funciones,* a diferencia de la delegación, implica que dentro del ámbito de un *mismo órgano* de poder éste encomienda o atribuye parte del ejercicio de sus competencias a otro órgano del mismo poder, o a personas físicas que lo integran, o a un órgano "extrapoderes" con el que se relaciona; así, el congreso, o una de sus cámaras, a una comisión investigadora o de seguimiento; el presidente de la república al jefe de gabinete, etc.

29. — Hay una categoría intermedia de delegación que se da en llamar *delegación "impropia"*, y que analizaremos en el cap. XXXVIII, Nº 25.

30. — Con la *reforma constitucional de 1994,* debe aclararse que hay cláusulas severas que prohíben la delegación legislativa (art. 76) o el ejercicio por el poder ejecutivo de competencias que pertenecen al congreso (art. 99 inc. 3º); pero a renglón seguido se prevén excepciones (ver acápite III).

Los principales perfiles de la competencia

31. — Hemos dicho antes que no es posible generalizar la afirmación de que la competencia implica siempre su ejercicio obligatorio, porque hay algunas de *ejercicio potestativo* (ver nº 7).

Cuando su ejercicio es obligatorio estamos ante *obligaciones constitucionales* de naturaleza *estatal.*

Hemos de agrupar algunos ejemplos.

a) *Obligaciones globalmente imputadas al "gobierno federal";* así, las que surgen del art. 5º (en cuanto a la garantía federal a las provincias) y de los arts. 25, 27 y, en general, de las normas que reconocen derechos que todos los órganos de poder deben hacer efectivos cuando ejercen su propia competencia;

b) *Obligaciones que se imputan al "estado",* sin determinar el órgano, como la del art. 38 párrafo tercero;

c) *Obligaciones que se imputan a las "autoridades",* sin determinar el órgano, como en los arts. 41 y 42;

d) *Obligaciones que se imputan al "congreso";* así —a nuestro criterio— las que emanan de los arts. 14 bis y 24; y las del art. 75 inc. 2º (en cuanto a la coparticipación impositiva); inc. 6º, inc. 8º; inc. 16; inc. 17; inc. 19; inc. 23; inc. 32.

e) *Obligaciones que se imputan a "cada cámara" del congreso,* como las emergentes de los arts. 63 a 67 (excluido, en el art. 66, el poder disciplinario, que es de ejercicio optativo).

f) *Obligaciones que se imputan al "gobierno" (que corresponda),* como la del art. 62.

g) *Obligaciones que se imputan al "poder judicial";* implícitamente, entendemos que se trata de las que incumben a los tribunales de justicia para tramitar y decidir las causas que son de su competencia y que se promueven ante ellos, como asimismo las del Consejo de la Magistratura en los incisos 1, 2 y 3 del art 114, y las del jurado de enjuiciamiento para dar trámite a la acusación efectuada por el Consejo de la Magistratura (art. 115).

h) *Obligaciones que se imputan al "poder ejecutivo",* como las del art. 99 incisos 1º, 8º, 10, y 12.

i) *Obligaciones que se imputan al "jefe de gabinete",* como las que surgen del art. 100 incisos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10, 12 y 13; y las del art. 101.

j) *Obligaciones que se imputan a los "ministros";* así, la del art. 104.

k) *Obligaciones que se imputan a las "provincias",* como las de los arts. 122 y 123; y la del art. 127 (en cuanto a someter las quejas contra otra provincia a la Corte Suprema).

l) *Obligaciones que se imputan a los "gobernadores de provincia",* como la emanada del art. 128.

m) Hay obligaciones para cuyo cumplimiento la constitución *fija un plazo;* así, el art. 39 para que el congreso trate los proyectos de ley surgidos de iniciativa popular; la del jefe de gabinete que debe informar una vez por mes a cada cámara del congreso sobre la marcha del gobierno (art. 101); las referidas en cláusulas transitorias (6ª, para establecer el régimen de coparticipación; 13ª, para el funcionamiento del Consejo de la Magistratura; 15ª, parar elegir al jefe de gobierno de la ciudad de Buenos Aires y para dictar la ley de garantía federal; todos estos plazos quedaron incumplidos).

Esta enumeración no taxativa convoca a reflexionar sobre el modo de cumplir cada obligación y sobre la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

32. — Cuando las competencias de ejercicio obligatorio están impuestas con una imperatividad que no deja margen para que el órgano obligado escoja y decida la oportunidad de hacer efectivo aquel ejercicio, y con el incumplimiento se bloquean derechos personales, estamos ante una *omisión inconstitucional* o inconstitucionalidad por omisión.

Los tres nuevos órganos extrapoderes de los artículos 85, 86 y 120

33. — En los tres nuevos órganos extrapoderes que han surgido de la reforma de 1994 (Auditoría General de la Nación, Defensor del Pueblo y Ministerio Público) concurren algunas características interesantes que conviene mencionar por separado.

Aunque los dos primeros aparecen en la normativa de la constitución dentro de la sección dedicada al "Poder Legislativo" (congreso), los arts. 85 y 86 consignan que ambos órganos tienen *autonomía funcional.* Para el Defensor del Pueblo se añade que actuará "sin recibir instrucciones de ninguna autoridad".

a) La *Auditoría* ejerce una administración de las denominadas "consultivas", y es obligación del congreso que el examen a su cargo sobre el desempeño y la situación de la administración pública se sustente en los dictámenes de la misma Auditoría. Hay, pues, competencias de ejercicio *obligatorio:* la de la *Auditoría,* de dictaminar en los términos y con el alcance que surgen del art. 85, y la del *congreso,* de ejercer el control que la norma le asigna una vez que cuenta con el dictamen previo.

b) El *Defensor del Pueblo* carga con la *obligación* de defensa y protección de los derechos humanos conforme al art. 86, y tiene legitimación procesal, lo que proyecta hacia los jueces el deber de

reconocérsela.

c) Por fin, el *Ministerio Público* queda definido en el art. 120 como órgano independiente con autonomía funcional, con la *obligación* de promover la actuación judicial en el marco de las competencias que le quedan atribuidas.

Para los demás órganos de poder, estas tres nuevas figuras implican, sin duda alguna, la obligación clara de *no inmiscuirse ni interferir* en las competencias distribuidas por los arts. 85, 86 y 120, dado que cada una de estas normas especifica la autonomía funcional de los tres órganos que venimos considerando como extrapoderes, y su zona de reserva.

Ver nº 44 y sus remisiones.

Algunas otras puntualizaciones

34. — El panorama competencial admite todavía otros comentarios adicionales sobre algunas de sus modalidades. Así:

a) Hay competencias de ejercicio *potestativo:* el órgano las ejerce si quiere, o se abstiene. Por ej.: el llamado poder tributario; las del art. 75 incisos 22 y 24; las de los arts. 125 y 126, etc.

b) Hay competencias para cuyo ejercicio la constitución parece conceder al órgano el *plazo* que éste considere oportuno tomarse para usarla. Así interpretamos al art. 118 sobre juicio por jurados.

c) Hay competencias que el órgano puede ejercer cuando prudencialmente considera que debe hacerlo; por ej., declarar la guerra, o el estado de sitio, o intervenir una provincia.

d) Hay competencias que tienen marcado un *condicionamiento* expreso por la constitución y que, si se ejercen fuera de él, violan la constitución; por ej.; el estado de sitio, la intervención federal, el establecimiento de impuestos directos por el congreso, deben sujetarse al marco de situaciones, causas y condiciones que claramente está trazado en los arts. 23, 6º y 75 inc. 2º, respectivamente.

e) Hay competencias para cuyo ejercicio la constitución *no* señala condicionamientos ni oportunidades. Por ej.: declarar la guerra.

f) Hay competencias que abren variedad de *opciones* en el momento en que son ejercidas con suficiente margen de arbitrio para el órgano, pero que quedan orientadas y enderezadas por un claro criterio constitucional de *finalidad.* Así, la cláusula del progreso del

art. 75 inc. 18, y las competencias de ejercicio obligatorio que encontramos en el inc. 19.

g) Hay competencias que, cuando se ejercen, imponen acatar una *pauta* inesquivable que suministra la constitución. Por ej.: cuando el congreso dicta la ley de ciudadanía, debe necesariamente acoger el principio de la nacionalidad "natural" (ius soli); cuando dicta las leyes laborales (o código de trabajo) debe "asegurar" los derechos el art. 14 bis.

Este repertorio de ejemplos induce al esfuerzo de estudiar detenida y pormenorizadamente cada una de las competencias, de agruparlas, de caracterizarlas, de interpretar su alcance y su encuadre, etc.

35. — Si la división de poderes es, en sí misma, una garantía de las que se denominan amplias, veamos también algunas de las precauciones especialmente dirigidas a contener al ejecutivo: a) el *art. 29* fulmina la concesión por parte del congreso al presidente (y por parte de las legislaturas a los gobernadores de provincia) de facultades extraordinarias, de la suma del poder público, y de sumisiones o supremacías; b) el *art. 109* prohíbe al presidente ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas; c) el *art. 23* le veda condenar por sí o aplicar penas durante el estado de sitio.

Autorizada la *reelección* del presidente y vice por el art. 90, surgen *dos prohibiciones:* a) al limitar el desempeño solamente a dos períodos, y b) los cuatro años del período hacen expirar el desempeño del cargo, "sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda ser motivo de que se le complete más tarde" (arts. 90 y 91).

36. — Conviene también encarar otra división entre: a) obligaciones constitucionales que deben cumplir los órganos de poder para satisfacer *derechos personales* de los habitantes, en cuyo caso esas obligaciones gravan al *estado* como *sujeto pasivo* frente al titular de esos derechos; y, b) obligaciones constitucionales que no reciprocan a derechos personales ni les son correlativas, como la del poder ejecutivo de abrir las sesiones ordinarias del congreso el día 1º de marzo de cada año.

37. — Una vez que *tratados internacionales* se incorporan al derecho interno, con o sin jerarquía constitucional, surge la *obligación constitucional* de naturaleza *internacional,* referida al cumplimiento del tratado, lo que paralelamente origina *responsabilidad internacional* si se incumple o se viola —por acción u omisión—.

En el *derecho internacional de los derechos humanos,* los tratados que los reconocen engendran, doblemente, la obligación constitucional *interna* de hacer efectivos esos derechos en jurisdicción argentina, y la simultánea *internacional* de idéntico alcance que, incluso, puede dar lugar a quejas o denuncias por violación a tales derechos ante órganos con jurisdicción supraestatal, como ocurre en el sistema interamericano del Pacto de San José de Costa Rica.

38. — Queda, finalmente, la curiosidad de muchos "deberes" (u obligaciones) constitucionales que pesan sobre los órganos de poder como *prohibiciones.* Es el ámbito de lo que tales órganos *no "deben" hacer.* Lo que se les prohíbe hacer es un *límite a la competencia,* por cuya razón suponemos que estas obligaciones de omisión *no pueden ser incluidas en la masa de competencias* y que, por ende, quedan fuera de ellas.

Otra vez sería bueno repasar artículo por artículo y confeccionar la serie de los deberes de omisión. A título enunciativo, pensemos en la prohibición de censurar la prensa (art. 14), de alterar reglamentariamente los derechos y garantías (art. 28), de gravar la entrada de extranjeros (art. 25), de confiscar la propiedad (art. 18), de imponer tributos a la circulación territorial (arts. 10 a 12), etc.

Ha de tomarse en cuenta que numerosas prohibiciones son *implícitas* (por ej., la que pesa sobre un órgano para no invadir competencias de otro, la de no dictar sentencias arbitrarias, etc.).

III. EL NUEVO ESQUEMA DEL PODER EN LA REFORMA DE 1994

Su diseño

39. — La reforma constitucional de 1994 modificó en mucho la estructura del poder si se la compara con la histórica de la constitución fundacional de 1853-1860. Lo iremos detallando a medida que hagamos las explicaciones referentes a cada uno de los órganos. Por ahora, basta un lineamiento general.

Al hilo de las nuevas normas constitucionales surge el debate acerca de la efectiva fisonomía que esas normas pueden —o no— alcanzar en la vigencia sociológica. Todo admite sintetizarse en una pregunta dual: ¿se ha amortiguado el poder, o no?; ¿se ha atenuado el presidencialismo, o no?; ¿se ha dado mayor protagonismo al congreso, o no?; ¿estamos ante un poder más controlado que antes, o no?

Las respuestas admiten surgir desde el exclusivo orden de las normas, o bien atendiendo a su funcionamiento. Para lo último, hay que tener muy en claro que no todos los mecanismos añadidos en 1994 han empezado a aplicarse, a ve-

ces porque omisiones inconstitucionales no les han conferido el desarrollo infraconstitucional que necesitan en el orden normativo.

40. — La trinidad originaria que siempre se tuvo por eje de distribución de órganos y funciones subsiste con su tipología clásica: a) un *congreso bicameral* que tiene naturaleza de *órgano complejo* (porque se compone de dos cámaras, cada una de las cuales es un órgano) y de *órgano colegiado* (porque está formado por muchas personas físicas en su conjunto bicameral y en cada cámara separadamente); b) un *poder ejecutivo* que para nosotros es un *órgano unipersonal* porque lo forma una sola persona, que es el presidente de la república; c) un *poder judicial* que se compone de *varios órganos* (Corte Suprema, tribunales inferiores, Consejo de la Magistratura, y jurado de enjuiciamiento); algunos de estos órganos son *unipersonales* (jueces de 1ª instancia) y otros son *colegiados* (Corte, cámaras de apelaciones, Consejo de la Magistratura, jurado de enjuiciamiento).

Antes de la reforma de 1994 ubicábamos entre los *órganos extrapoderes* a dos: a) el *ministerio;* b) el *vicepresidente de la república,* como órgano extrapoderes respecto del presidente (formando parte —en cambio— del congreso como presidente nato del senado).

Esto se mantiene, pero se añaden otros órganos extrapoderes que son: a) la *Auditoría General de la Nación;* b) el *Defensor del Pueblo;* c) el *Ministerio Público.*

Cuando hablamos del ministerio en su relación con el poder ejecutivo, hemos de decir que la reforma ha dado perfil propio al *jefe de gabinete de ministros* como nuevo órgano extrapoder.

La participación de unos órganos en otros ajenos

41. — Por de pronto, una característica que atañe a la división de poderes radica en que ahora hay órganos de poder de la tríada originaria que tienen intervención en otros, que componen otros, que participan en el ejercicio de competencias de otros.

Así, los *"órganos políticos" resultantes de elección popular* participan, conforme al art. 114, en el ejercicio de las facultades que esa norma asigna al *Consejo de la Magistratura,* incluido en el capítulo que la constitución destina al *poder judicial.* Ello porque tienen representación en la integración de aquel Consejo. Asimismo, según el art. 115, el jurado de enjuiciamiento de jueces de los tribunales inferiores a la Corte Suprema está parcialmente integrado por legisladores.

La Comisión Bicameral Permanente del congreso

42. — Sin que sea totalmente análogo al caso recién señalado, la *Comisión Bicameral Permanente* institucionaliza dentro del congreso un órgano compuesto por legisladores de cada cámara, que ha de integrarse respetando la proporción de las representaciones políticas (o sea, partidarias) de cada una de ellas.

Tal Comisión tiene tres competencias: a) intervenir cuando el poder ejecutivo dicta *decretos de necesidad y urgencia,* a modo de seguimiento y control antes de que los trate el congreso (art. 99 inc. 3º párrafo cuarto): b) controlar los decretos que por *delegación del congreso* (art. 76) dicta el poder ejecutivo (art. 100 inc. 12); c) intervenir cuando el poder ejecutivo *promulga parcialmente* una ley de acuerdo al art. 80, a efectos de considerar el decreto de promulgación parcial (art. 100 inc. 13).

El poder ejecutivo

43. — El orden normativo ha moderado al presidencialismo al acotar al poder ejecutivo que, hasta 1994, presentaba un perfil reforzado. No obstante, y de nuevo, en el tiempo transcurrido desde la reforma la vigencia sociológica no muestra correspondencia con el modelo normativo.

Veamos algunos caracteres:

a) *Dos prohibiciones* enfáticamente expresas se atenúan en las mismas normas que las contienen mediante excepciones; se trata de la que impide al ejecutivo emitir disposiciones de carácter *legislativo,* salvo cuando se trata de *decretos de necesidad y urgencia* (art. 99 inc. 3º párrafos segundo y tercero) y de la que veda al congreso la *delegación legislativa* en el ejecutivo salvo en la hipótesis prevista en el art. 76.

b) La ley de convocatoria a consulta popular *no puede ser vetada* (art. 40).

c) El *presidente* retiene la "titularidad" de la administración general del país y es responsable político de ella, pero es el *jefe de gabinete* quien "ejerce" esa administración (arts. 99 inc. 1º y 100 art. 1º).

d) El *nombramiento de jueces federales* queda modificado: d') los miembros de la Corte siguen siendo designados por el ejecutivo con acuerdo del senado, pero éste requiere un quorum de decisión agra-

vado y la sesión en que se presta el acuerdo tiene que ser pública (art. 99 inc. 4º); d") los jueces de tribunales inferiores son designados previa intervención del Consejo de la Magistratura (art. 99 inc. 4º párrafo segundo, y art. 114).

e) El art. 100 inc. 2º, al prever las competencias del jefe de gabinete de ministros, hace referencia a posible "delegación" de facultades que le haga el presidente; similar "delegación" aparece en el inc. 4º.

f) Hay nombramientos de empleados de la administración que están a cargo del jefe de gabinete y no del presidente (art. 100 inc. 3º).

g) El congreso puede *remover* al jefe de gabinete (art. 101).

h) El presidente ha perdido la jefatura local e inmediata de la capital federal (por supresión del inc. 3º del que era art. 86, hoy art. 99).

Ver cap. XXXVII y XXXVIII.

Los órganos de control

44. — La reforma de 1994 ha institucionalizado constitucionalmente tres órganos de control sobre cuya naturaleza discute la doctrina, pero que personalmente reputamos *órganos extrapoderes*. Son:

a) La Auditoría General de la Nación (art. 85);

b) El Defensor del Pueblo (art. 86);

c) El Ministerio Público (art. 120).

Remitimos a los capítulos XLI y XLIII.

El poder judicial

45. — En el poder judicial, además de las modificaciones para la designación y la remoción de los jueces federales (con el régimen especial que rige para los de la Corte) que surgen de la creación del Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento, se ha encomendado al primero una serie de facultades no judiciales que se desglosan de la acumulación vigente antes de la reforma.

Los partidos políticos

46. — A los partidos políticos se los inserta o toma en cuenta con especial protagonismo en algunos órganos de poder, como son el senado, la Auditoría General de la Nación, la Comisión Bicameral Permanente, y en la fórmula para la elección directa de presidente y vicepresidente. (Ver Tomo II, cap. XXIII, nos. 49 a 51).

Los controles

47. — Se desparrama en el texto constitucional reformado una serie de posibles controles, antes inexistentes, algunos desde el mismo poder, y otros desde la sociedad. Podemos mencionar, además de los citados en el nº 44:

a) El *organismo fiscal federal* para controlar y fiscalizar la ejecución de las pautas que rigen la coparticipación federal impositiva de acuerdo al art. 75 inc. 2º (conforme a su párrafo sexto).

b) Se prevé la existencia de organismos de control con participación de las *provincias* y de los *usuarios y consumidores* para la tutela que a favor de los últimos obliga a discernir el art. 42.

c) El derecho de *iniciativa legislativa popular* (art. 39) y la *consulta popular* (art. 40) abren espacio a la democracia participativa.

d) La *acción de amparo* para proteger derechos de incidencia colectiva en general en las cuestiones a que alude el art. 43 párrafo segundo, y la triple legitimación procesal que reconoce, significan una ampliación favorable en el control judicial. Lo mismo cabe decir del *habeas data* (párrafo tercero del citado artículo) y del *habeas corpus* (párrafo cuarto).

e) El art. 85 incorpora controles a cargo del *congreso* y de la *Auditoría General de la Nación* sobre el sector público nacional y la actividad de la administración pública, respectivamente.

La descentralización política

48. — En orden a la descentralización política, la reforma presenta dos matices: a) explícitamente reconoce la autonomía de los *municipios* de provincia (art. 123), y b) establece el gobierno autónomo de la *ciudad de Buenos Aires*, erigiéndola en un sujeto de la relación federal (art. 129).

IV. EL ARTICULO 36 Y EL PODER

Su relación

49. — Consideramos que en la introducción al estudio del poder halla ubicación el nuevo art. 36 surgido de la reforma constitucional de 1994, entre otras razones porque tiende a resguardar la *transmisión legal del poder* y, con ella, la *legitimidad de origen* del poder mismo y de los gobernantes que lo ponen en acción, así como la *defensa en la constitución*. (Ver nº 50).

Para las épocas *de facto* remitimos al acápite VII.

El art. 36 es el primero de los artículos nuevos y da inicio al capítulo segundo de la parte primera de la constitución, que es la clásica parte dogmática. Este

capítulo segundo viene titulado como "Nuevos Derechos y Garantías".

El art. 36 dice así:

"Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por *actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.* Estos actos serán insanablemente *nulos.*

Sus autores serán pasibles de la *sanción prevista en el artículo 29,* inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el *derecho de resistencia* contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre *ética pública* para el ejercicio de la función."

(La bastardilla es nuestra).

Normas similares en su intencionalidad ofrece el derecho comparado y nuestro constitucionalismo provincial.

Debe asimismo tomarse en cuenta el art. 226 del código penal según texto surgido de la ley 23.077, de 1984.

El bien jurídico penalmente tutelado

50. — Es sugestiva la ubicación del art. 36, que preserva al poder, dentro del rubro de los *nuevos derechos y garantías.* Por eso, también lo ligamos al sistema de derechos.

En efecto, es fácil entender que el *orden institucional* y el *sistema democrático* hallan eje vertebral en dicho *sistema de derechos,* y que atentar contra el orden institucional democrático proyecta consecuencias negativas y desfavorables para los derechos. No en vano en el art. 36 también viene encapsulado, con definición expresa, el *derecho de resistencia* dentro del marco genérico que

incrimina las conductas que lesionan al *bien jurídico penalmente tutelado* en forma directa por la constitución, para evitar la ruptura en la transmisión legal del poder. (Ver nº 49).

Es algo así como una cobertura general, con bastante analogía respecto del clásico delito del art. 29 que, a su modo, también tiende a preservar un similar bien jurídico, cuando da por cierto que la concentración del poder en el ejecutivo, o en los gobernadores de provincia, al fisurar la división de poderes pone a merced del gobierno la vida, el honor o la fortuna de las personas.

Los actos de fuerza incriminados

51. — El art. 36 exhibe un rostro docente y catequístico, porque procura enseñar que el *orden institucional* y el *sistema democrático* deben ser respetados. Tiene también algo de prevención, de admonición y de disuasión para que la continuidad constitucional no se interrumpa.

Es claro que la *fuerza* en lugar de la *ley* no siempre se detiene por el hecho de que haya normas como las del artículo que comentamos, pero algo se adelanta con prevenir a quienes intentan usarla acerca de las consecuencias de su conducta irregular, tipificada aquí como delictuosa.

La figura penal que describe el art. 36 consiste en *interrumpir* la observancia de la constitución por *actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático.* Orden institucional y sistema democrático son, a este fin de atrapar penalmente la conducta tipificada, los que la constitución diseña y establece.

También declara la norma que "esta constitución" mantendrá su imperio aunque su observancia se interrumpiere por los actos de fuerza incriminados. Y añade que tales actos serán *insanablemente nulos.*

Por supuesto que si, desgraciadamente, recayéramos en los actos de fuerza que la constitución descalifica, el imperio —o la vigencia sociológica— de ella no subsistirían por la exclusiva circunstancia de que este artículo exprese que tal imperio se mantendrá. De cualquier modo, contenida en la propia constitución la incriminación de la conducta adversa, nos hallamos ante la situación de todas las normas penales: por sí mismas no impiden que los delitos se cometan, pero prevén la sanción para quienes sean sus autores.

52. — Hay que tomar en cuenta otras cosas que surgen del mismo artículo; por ejemplo, la *nulidad* del acto delictuoso, y las *penas* previstas.

En efecto, hay dos conductas tipificadas como delitos: a) las de quienes sean *ejecutores de actos de fuerza* contra el orden institucional

y el sistema democrático; b) la de quienes, como consecuencia de tales actos, *usurpen* (es decir, ejerzan "de facto") *las funciones* que la constitución señala para las autoridades creadas por ella, supuesto para el cual se suma la responsabilidad civil a la responsabilidad penal.

Las sanciones penales

53. — A renglón seguido, el art. 36 consigna que las *acciones penales* para la persecución de ambos delitos son *imprescriptibles*, después de haber establecido antes para los que los cometan la *inhabilitación* a perpetuidad para desempeñar cargos públicos, y de *haber excluido* el beneficio del *indulto* y de la *conmutación* de penas.

Se ha omitido mencionar el de amnistía, lo cual abre la duda acerca de si el congreso podría disponerla; desde nuestro punto de vista ningún delito tipificado directamente por la constitución —aun cuando falte norma constitucional prohibitiva del indulto, de la conmutación, o de la amnistía— puede merecer estos beneficios, por la sencilla razón de que los órganos de poder constituido carecen de toda competencia para enervar el efecto penal de las incriminaciones constitucionales.

El art. 36 *no fija la sanción penal*, pero hace una remisión clara: será la misma que tiene prevista el viejo *art. 29*. Este artículo —sobre concesión de facultades extraordinarias y la suma del poder público— reenvía a su vez a la pena de la *traición* a la patria, que se halla establecida en el código penal.

La *acción penal es de ejercicio obligatorio para el Ministerio Público*, en la medida en que entendamos que tal deber dimana directamente de la constitución en razón de estar también directamente tipificado el delito por sus normas. Es válido, además, argüir que *es titular posible de la acción cada ciudadano*, ya que el párrafo cuarto del artículo dispone que *todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia* contra quienes ejecutan los actos de fuerza enunciados en él.

54. — Qué es este derecho de resistencia, no viene definido. Tal vez cabe ensamblarlo con el art. 21, que *obliga* a todo ciudadano *a armarse* en *defensa de la constitución*. Diríamos que el derecho de resistencia —incluso con armas— tiene un contenido mínimo y esencial que proviene directamente del art. 36, y que la *defensa de la constitución* —que es el objetivo de la defensa— equivale a la del orden institucional y del sistema democrático contenidos en ella.

La ética pública

55. — "Etica pública" y "función" (esta última sin adjetivo) puede traducirse en *ética para el ejercicio de la función pública.* La redacción de la fórmula puede ser objeto de críticas semánticas, pero su sentido se encuentra fuera de toda duda: la ley debe consignar los deberes que la ética impone en y para el desempeño de la función pública, de modo de dar juridicidad normativa a la ética política en el ámbito de las funciones públicas.

Que el orden normativo del mundo jurídico asuma a la ética en la forma que lo ordena este art. 36 no difiere demasiado de lo que, habitualmente, encontramos en muchas otras normas jurídicas, cuando apelan a "la moral y las buenas costumbres" y, todavía con más claridad, cuando el art. 19 de la constitución exime de la autoridad estatal a las acciones privadas que no ofenden a "la moral pública".

Hemos interpretado —además— que cuando la constitución abre el acceso a los empleos sin otra condición que la *idoneidad* (art. 16), exige también y siempre la *idoneidad ética* o moral, a más de la que técnicamente resulte necesaria según la naturaleza del empleo al que se aspira o que se va a discernir a una persona determinada.

La ética pública se relaciona con la *corrupción* y, por ende, con el delito al que dedicamos el siguiente parágrafo.

El delito doloso contra el estado

56. — El penúltimo párrafo del art. 36 define como contrario al sistema democrático al *grave delito doloso contra el estado,* que conlleve *enriquecimiento* para quien lo cometa.

La conducta "grave delito doloso" contra el estado requiere que la ley la tipifique, porque la constitución no lo hace por sí misma, si bien marca como pauta para la incriminación legal que tal delito ha de aparejar enriquecimiento.

Se deriva también a la ley fijar el tiempo de inhabilitàción para ocupar cargos o empleos públicos, y aquí hay otro parámetro: el congreso debe prever la inhabilitación temporal, y no puede dejar de adjudicar dicha sanción; le queda a su discreción únicamente la duración de la misma.

V. EL PODER EN EL DERECHO PUBLICO PROVINCIAL Y EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Los gobiernos locales son "Autoridades de la Nación"

57. — La parte orgánica de la constitución viene incorporada en el texto

como "Segunda Parte", y lleva el título de "Autoridades *de la Nación*". En nuestro léxico personal decimos "Autoridades del Estado".

El título primero de esta segunda parte se encabeza con el nombre de "Gobierno *Federal*" y abarca del art. 44 al art. 120.

El título segundo se encabeza con el nombre de "Gobiernos *de Provincia*", y abarca del art. 121 al art. 129. Es en este sector donde el constituyente de 1994 ha incluido el nuevo régimen autonómico de la *ciudad de Buenos Aires*, la que si bien no tiene categoría igual a la de las provincias, tampoco es un municipio común ni un territorio íntegramente federalizado.

Del precedente diagrama divisorio y de las denominaciones empleadas surge claramente que para nuestra constitución son "Autoridades de la Nación" tanto las que componen el gobierno federal como las que integran los gobiernos de provincia, y el gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires. No obstante, dada la autonomía de las provincias, la propia constitución se encarga de no inmiscuirse en la organización de los gobiernos locales.

58. — No obstante la autonomía de las provincias, y la que surge del art. 129 para la ciudad de Buenos Aires, ni las unas ni la otra disponen a su arbitrio de la organización gubernamental de los respectivos poderes locales. La constitución les traza algunos parámetros; por ejemplo, la *tripartición del poder* obliga a acoger el eje fundamental del principio divisorio; si para las provincias así se entendió siempre con base en el art. 5º, también el nuevo art. 129 lo señala para la ciudad de Buenos Aires al hacer mención de su jefe de gobierno de origen electivo y de las facultades de legislación y de jurisdicción; el *sistema de derechos* obliga, como piso mínimo; asimismo, queda trasladada la *forma republicana* de gobierno y, en su esencia, el *sistema democratico.*

59. — Para dar un ejemplo en que la disponibilidad de las provincias es amplia, citamos la opción que tienen para organizar sus legislaturas con una sola cámara o con dos; o la que les permite organizar sus tribunales judiciales con una sola instancia o con instancia múltiple (salvo en el proceso penal, para el cual el Pacto de San José de Costa Rica las obliga a la doble instancia); o la que las habilita a establecer diferentes categorías de municipios, algunos con competencia para dictar sus cartas municipales y otros no, etc.

VI. EL REPARTO DE COMPETENCIAS DESPUES DE LA REFORMA DE 1994

Estado federal, provincias, municipios y ciudad de Buenos Aires

60. — Al reparto de competencias entre el estado federal y las provincias

ya hicimos referencias globales al explicar el federalismo (ver Tomo I, cap. VIII, nos. 11 y 12). También en algunos otros temas específicos, pero al abordar el poder creemos útil ciertos comentarios adicionales.

Por de pronto, sabemos que desde la reforma de 1994 la dualidad de estado federal y provincias muestra un rostro parcialmente nuevo, porque aparecen las menciones expresas a los *municipios provinciales* y a la *ciudad de Buenos Aires,* esta última como un sujeto de la relación federal. (Ver. Tomo I, cap. VIII, nos. 32 y 39).

A) 61. — Desde la constitución federal se reconoce en el art. 123 la *autonomía de los municipios de provincia,* con lo cual el diseño del poder en jurisdicción de las provincias cuenta con una pauta obligatoria impuesta por aquélla; vimos ya que, a su modo, éste es un rasgo nuevo del clásico principio divisorio: la constitución federal inocula a los municipios autónomos dentro de las provincias, y la organización del poder local que éstas disponen debe tomar en cuenta a aquéllos. (Ver nº 48).

Puede decirse, entonces, que la autonomía municipal surge de la constitucional federal, y que las provincias le confieren desarrollo cuando organizan su estructura de poder.

B) 62. — Más complicado se vuelve el esquema con la *ciudad de Buenos Aires* (ver Tomo I, cap. VIII, acápite V); por un lado, porque su autonomía no es interpretada pacíficamente; por otro lado, porque también se discute si la rige el mismo principio de reserva de poder que el art. 121 consigna a favor de las provincias; en tercer lugar, porque el Estatuto Organizativo de la ciudad definió una pauta equivalente a la del art. 121, y se debate acerca de si ello está o no de acuerdo con la constitución federal, cuyo eje —para el caso— es el art. 129.

Respecto de las *provincias,* habíamos dicho siempre que el viejo art. 104 —hoy art. 121— significa que la "delegación" de competencias al gobierno federal fue efectuada *por* las provincias *"a través" de* (o mediante) la *constitución federal.*

Para la *ciudad de Buenos Aires* mientras sea capital federal, la duda se propone así: ¿la ciudad inviste solamente las competencias que expresamente le son reconocidas de acuerdo con la constitución federal y con la ley de garantías que el congreso dicta para los intereses federales o, al contrario, la ciudad retiene todas las que razonablemente no le han sido deferidas al estado federal?

El interrogante se puede formular también de otro modo: ¿el

congreso posee todas las competencias que expresamente no le son reconocidas a la ciudad o, a la inversa, el congreso tiene únicamente las que taxativamente se retengan para él, quedando todo lo residual a la ciudad?

Para contestar hemos de computar dos datos: a) el art. 129 adjudica a la ciudad un *régimen de gobierno autónomo,* con facultades de *legislación* y *jurisdicción;* pero, b) para resguardar los *intereses del estado federal* mientras la ciudad sea capital, el congreso debe dictar una *ley.*

Ensambladas ambas pautas, preferimos decidir la respuesta a favor del margen más amplio de autonomía posible para la ciudad de Buenos Aires, y por ende decimos que:

a) la ley que razonablemente sitúa en la órbita federal determinadas competencias para garantía de los intereses federales implica que esas competencias federales quedan *taxativamente* establecidas, y que el remanente favorece a la ciudad; así entendemos que se desprende de la disposición transitoria séptima, cuando con relación al art. 75 inc. 30 dice que "el congreso ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la nación, las atribuciones legislativas que *conserve* con arreglo al art. 129";

b) hay cierta analogía con el principio de reserva provincial del art. 121, pero concurre una diferencia: b') es *la constitución federal por sí misma* —y *no la ciudad "a través" de la constitución*— la que ha efectuado la distribución de competencias a que nos hemos referido en el precedente inc. a), por lo que la disimilitud con el art. 121 consiste en: b") que las provincias han delegado *por medio* de la constitución federal algunos poderes al gobierno federal, en tanto es dicha constitución la que *por sí misma* deja a la ciudad todo el residuo que expresamente no adjudica al gobierno federal a través de su art. 129 y de la ley de garantía federal.

63. — Hay que recordar que las *leyes 24.588 y 24.620* están incursas en varias *inconstitucionalidades* al privar a la ciudad de competencias que nada tienen que ver con la garantía de intereses federales. En esa medida, tales normas conceden al gobierno federal ciertas competencias que deberían componer la masa de las que corresponden a la ciudad.

Algunos deslindes específicos

64. — Los principios generales que, por ser tales, resultan comu-

nes al reparto de competencias cuando se aplican a una diversidad de cuestiones y materias, convidan a examinar algunos aspectos.

a) En cuanto al *sistema de derechos,* la obligación que para las provincias se desprende del art. 5º representa un piso y no un techo; por ende decimos que, sin alterar el reparto de competencias y sin ejercer las que pertenecen al estado federal, las provincias pueden *ampliar* el plexo de derechos.

b) Respecto del *derecho a la educación* y a cuanto le es aledaño, ya antes de la reforma de 1994 se reconocía a las provincias una serie de competencias para completar y adecuar la ley general de educación a cargo del congreso; desde la reforma, creemos que el art. 75 inc. 19 párrafo tercero no ha innovado en la materia, máxime cuando el art. 125 diseña a favor de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires una competencia *concurrente* con la federal para promover la *educación,* la ciencia, el conocimiento y la cultura.

c) En cuanto a la normativa vinculada con el *derecho ambiental,* el art. 41 desglosa las competencias así: c') al estado federal le corresponde dictar la de *presupuestos mínimos* de protección, y c") a las provincias, las necesarias para completarla.

d) En orden a la cláusula del art. 75 inc. 17 sobre los *pueblos indígenas,* su parte final reconoce a las provincias el ejercicio de facultades *concurrentes* con las del congreso.

e) A las provincias se les confiere la facultad de *crear regiones* para el desarrollo económico y social (art. 124).

f) Asimismo, las provincias pueden *celebrar convenios internacionales* con las limitaciones consignadas en el art. 124 (la ley 24.588 extiende esta facultad también a favor de la ciudad de Buenos Aires).

g) Para la *materia referida al trabajo y la seguridad social,* remitimos al Tomo II, cap. XX, nºs. 62, 65, 67 y 68.

i) Para la *libertad de expresión,* remitimos al Tomo II, cap. XII, acápite III.

j) Para el *derecho de reunión,* remitimos al Tomo II, cap. XIV, nº 31.

k) Para la *libertad de transitar,* remitimos al Tomo II, cap. XIV, nº 55.

l) Para la *cláusula comercial* y el *poder impositivo,* remitimos al Tomo II, cap. XIV, nº 35, y cap. XIX, nºs. 55 a 61.

m) Para la *expropiación,* remitimos al Tomo II, cap. XVIII, nos. 29 y 33.

n) Para el denominado *"poder de policía",* remitimos al Tomo II, cap. XXV, nº 8.

o) Para otra variedad de materias, ver cap. XXXV, acápite V.

VII. EL PODER Y LAS EPOCAS DE FACTO

La emergencia revolucionaria

65. — Nuestro derecho constitucional material ha acuñado una especial situación de emergencia, conocida con el nombre de emergencia *revolucionaria.* Es la que corresponde a las *épocas de facto,* y su ubicación se encuentra en la doctrina de facto, que trabaja sobre dos supuestos: *el golpe de estado y* la *revolución.* Ambos significan la *ruptura de la continuidad constitucional.*

Tal ruptura acontece cuando se quiebra el orden de *sucesión o transmisión del poder;* la ruptura se produce en el orden de normas de la constitución formal transgredido cuando el acceso al poder se opera al margen de lo que las normas describen, pero no se produce en el orden de las conductas, cuya continuidad jamás se interrumpe: los hechos que provocan la ruptura suceden en el orden de las conductas, en tanto la ruptura se refleja en el orden normativo.

Suele distinguirse *golpe de estado y revolución* —por lo menos desde la óptica constitucional— en cuanto el primero se limita a cambiar los titulares del poder dando lugar a la ocupación de éste por vías de fuerza no previstas en la constitución o en las leyes, mientras la segunda involucra un cambio institucional que produce alteraciones en la estructura constitucional.

La ruptura de la continuidad en la transmisión del poder provoca la *ilegitimidad de origen.* (Ver Tomo I, cap. VII, nº 51).

El *orden de la justicia* solamente proporciona *validez* al golpe de estado y a la revolución, cuando traducen el ejercicio del *derecho de resistencia a la opresión,* a condición de que exista habitualidad en dicha opresión, imposibilidad de remediarla por otras vías, intento inexitoso de solución previa por recursos normales, y posibilidad de éxito; (la resistencia a la opresión presupone tiranía o totalitarismo).

Para el "derecho de resistencia" en el art. 36, ver nº 54.

66. — La *doctrina de facto* integró nuestro derecho constitucional material, sobre todo a través de fuentes de derecho *espontáneo* y de derecho *judicial.*

En la doctrina de facto argentina, recién después de concluido el período de facto de 1976-1983, se ha comenzado con generalidad a tildar a los ocupantes del poder como "usurpadores". (Ver nº 49). Hasta entonces, siempre se los consideró casi pacíficamente como gobernantes "de facto". (Ver Tomo I, cap. VII, nº 52).

Podemos hoy decir que *el año 1983* marcó, sin duda, un hito importante en el proceso disuasorio de las intervenciones militares, no obstante los alzamientos de algunos sectores castrenses producidos desde entonces. Pero, en líneas generales, la recuperación institucional operada en la indicada fecha ha consolidado un amplio consenso democrático, adverso a las interrupciones de la continuidad constitucional por golpes de estado.

Asimismo, los procesos incoados a partir de 1983 a los jefes militares que protagonizaron el golpe de estado de 1976, a los responsables de los excesos antirrepresivos, y por la guerra de Malvinas, reforzaron la subordinación de las fuerzas armadas al poder civil.

El funcionamiento del poder

67. — Las rupturas de la continuidad constitucional en el siglo XX comenzaron en *1930,* y se repitieron en *1943, 1955, 1962, 1966* y *1976.* El esquema más simple de la época de facto iniciada en cada una de esas fechas hace ver que: a) el presidente *de facto* ha reemplazado lisa y llanamente al presidente *de iure* con iguales competencias; b) las cámaras del congreso han sido *disueltas* (en 1962 varios meses después del golpe de estado), produciéndose el impedimento funcional del congreso; c) el *presidente de facto* ha asumido las competencias del *congreso;* d) sobre la validez en el ejercicio de las mismas, la *jurisprudencia de la Corte* ha sido variable.

Los dos últimos períodos de facto fueron muy largos: de 1966 a 1973, y de 1976 a 1983.

En el siglo pasado, *Mitre fue presidente de facto* cuando, como gobernador de la provincia de Buenos Aires, asumió la presidencia de la república después de disuelto el gobierno federal a raíz de la batalla de Pavón. En 1865, la Corte Suprema se pronunció sobre el ejercicio de sus facultades invocando el hecho de la revolución triunfante y el asentimiento de los pueblos (caso "Martínez c/ Otero").

En 1930 y 1943, reconoció en sendas Acordadas el título de facto de los respectivos presidentes.

Del derecho judicial extraemos las pautas fundamentales, que son las siguientes: a) el *título* de gobernante de facto —o sea, su investidura irregular pero admisible— *no* puede ser judicialmente discutido —es decir, impugnado—; b) el gobernante que dispone de las fuerzas militares y policiales para asegurar

la paz y el orden, y está en condiciones de proteger la libertad, la vida y la propiedad de los habitantes, es un gobernante de facto susceptible de *reconocimiento;* c) ese gobernante debe prestar *juramento* de acatamiento a la constitución; d) por razones de policía y necesidad, para mantener protegido al público, los actos del gobernante de facto deben ser reconocidos como *válidos;* e) *el poder judicial* mantiene el *control de constitucionalidad* sobre dichos actos.

En *1955, 1966* y *1976* los jueces que integraban la Corte Suprema fueron destituidos, de modo que el tribunal —en sus nuevas integraciones— no emitió pronunciamiento alguno acerca del reconocimiento en el título del poder ejecutivo de facto.

68. — De una admisión muy estricta que en torno de la validez y la duración de las *normas legislativas* emanadas del ejecutivo de facto en reemplazo del *congreso disuelto* efectuó la Corte entre 1930 y 1947, se pasó a convalidaciones más amplias a partir de 1947, pudiendo separarse después diferentes etapas jurisprudenciales con variantes; así, entre 1973 y 1976, y luego de 1990 en adelante.

Recientemente, en su sentencia del 27 de diciembre de 1996, en el caso "Herráiz Héctor Eduardo c/Universidad de Buenos Aires", la Corte sostuvo que las leyes de facto son válidas mientras no se las deroga.

69. — No hemos de detallar el panorama completo de las épocas de facto porque actualmente ha decaído el interés y la oportunidad de su análisis, pero en un simple balance queremos recordar que:

a) el seguimiento que siempre hicimos de la doctrina de facto y de su reiterada aplicación en la constitución material nunca nos llevó a admitir una supuesta "supraconstitucionalidad" de la emergencia provocada por las interrupciones de la normalidad constitucional;

b) tampoco a considerar a los estatutos y las actas emitidos en los períodos 1966-1973 y 1976-1983 como extraconstitucionales, o superiores a la constitución, o de su misma jerarquía;

c) la acumulación de poder y la arbitrariedad en su ejercicio se acentuaron progresivamente, hasta alcanzar su punto máximo entre 1976 y 1983;

d) las épocas de facto causaron deterioro e ingobernabilidad en nuestro sistema político, y habitualmente concluyeron fracasando en los fines y objetivos que fueron proclamados como justificación inicial cada vez que las fuerzas armadas accedieron al poder;

e) en la constitución material se ejemplarizó desde 1930 la com-

petencia de los gobernantes de facto para remover a los jueces de sus cargos, llegándose a destituir a los de la Corte Suprema en 1955, 1966 y 1976;

f) aunque no fue pacífica la jurisprudencia sobre el status de los jueces que designaron los gobernantes de facto para cubrir vacantes, siempre se reconoció *intangibilidad a las sentencias* dictadas por los tribunales de justicia en los períodos de facto.

VIII. LAS PRESIONES SOBRE EL PODER

Su descripción

70. — El tema de las presiones que se ejercen o recaen sobre el poder es propio de la ciencia política y de la sociología. No obstante, como fenómeno que acontece en la *constitución material,* no hemos de omitir unas breves explicaciones.

Una frase de Alfredo Sauvy se vuelve para ello elocuente: *la constitución dice con claridad "quién" ejerce el poder, pero ignora las presiones que pueden ejercerse "sobre él".*

Esta afirmación nos hace sostener que:

a) cualesquiera sean las presiones y su intensidad, el *gobierno siempre queda radicado en el emplazamiento formalmente establecido por la constitución;*

b) sin transferir sus competencias, ocurre que muchas veces los detentadores del poder *debilitan* o *disminuyen* su capacidad de decisión propia, y las decisiones que adoptan quedan *condicionadas por las presiones,* al extremo de que el contenido material de aquellas decisiones puede venirles impuesto desde afuera a los gobernantes por los sujetos presionantes;

c) en ningún supuesto aceptamos decir que a raíz de este fenómeno exista un *gobierno* (o un poder) *oculto* o *paralelo,* o un "poder *de hecho*", frente al que se seguiría llamando "gobierno oficial" o "gobierno visible";

d) la expresión que parece más adecuada para resaltar la gravitación de las presiones, en especial de las muy fuertes, nos parece ser la de *"contrapoderes".*

En suma, concurre un fenómeno de sicología social, que permite graduar la dosis o el "quantum" de la energía de que dispone el poder estatal, energía que es susceptible de fortalecerse, debilitarse o hasta extinguirse en acto para un

gobernante determinado en un momento también determinado. La decisión la adopta él, pero su contenido queda parcial o totalmente influido —o hasta impuesto— por el sujeto presionante.

71. — Las presiones admiten contemplarse en la *relación entre poder y sociedad,* cuando provienen de sujetos —individuales o plurales— que carecen formalmente de la condición de operadores gubernamentales.

Esto no significa que en muchos casos no haya también presiones ejercidas asimismo por unos operadores gubernamentales sobre otros —por ej., el presidente o un ministro sobre los jueces o sobre los legisladores—.

Se demuestra así que no es exacto afirmar que las presiones son exclusivamente influencias que tienen como único origen el accionar de sujetos que carecen de institucionalización formal en la constitución; si fuera verdad, habría que ignorar las presiones derivadas de un partido político sobre cualquier funcionario oficial, o de la Iglesia Católica, o de los sindicatos. Y con ello, se desperdiciaría el dato de que lo que importa a la constitución material es la presión en sí misma, y sólo accesoriamente quién o quiénes son lo sujetos que la ejercen.

Los factores de presión y los factores de poder

72. — Habitualmente hemos distinguido los factores de presión y los factores de poder. En ambos ámbitos, preferimos hablar de "factores" y no de "grupos" (de presión o de poder), porque los hay *individuales* y *colectivos.*

La diferencia entre factor de presión y factor de poder se nos hace clara y fácil: el factor de presión es el que ejerce *gravitación o influencia,* en tanto el factor de poder es también una fuerza política pero que *en forma continua* —aunque acaso sea latente— *está presente* —en acto o en potencia— *en la generalidad de las decisiones que adopta el poder político,* porque posee una visión o una posición política de conjunto que no se circunscribe a un único aspecto o contenido de las posibles decisiones del poder.

Es posible entender, además, que tanto los factores de presión como los factores de poder en cuanto fuerzas políticas (cuando provienen de la sociedad) operan de algún modo como un *control* sobre el poder, sea en un área limitada de decisiones determinadas, sea en la generalidad de muchas o de todas.

Su permanencia

73. — Queremos aclarar debidamente por qué incluimos a los factores de presión y de poder en la constitución material. Sencilla-

mente, porque estamos convencidos de que hacen *presencia permanente* —a veces sólo en forma latente y potencial— en la dinámica del poder sobre los gobernantes que lo ejercen.

En forma muy simple: *siempre* hay presiones oriundas de aquellos factores; ello no significa que siempre sean los mismos; en un momento preciso pueden ser unos, luego desaparecer, y luego ser otros. Lo constante son las presiones y los sujetos, no cuáles son éstos y cómo son aquéllas. Lo que, entonces, forma parte de la constitución material son las presiones, y "algunos sujetos" que actúan como factores de presión o de poder, ejerciéndolas.

De modo análogo, cuando captamos que siempre hay partidos políticos queremos describir el fenómeno de su presencia en la interacción con el poder; el espectro partidario es variable, porque algunos se eclipsan, o desaparecen, o pierden protagonismo, mientras otros partidos entran a la escena y los reemplazan o desplazan, sin que la continuidad del fenómeno se interrumpa o deje de hacer presencia.

Nuestra valoración

74. — Globalmente podemos decir que en la medida en que el *fin* y los *medios* que emplean los factores de presión y los factores de poder sean *lícitos*, las presiones significan un medio de gravitación o influencia que no parece disvalioso. Las excepciones que nos merecen un juicio negativo de valor son, por ejemplo:

a) las presiones que se ejercen *sobre el poder judicial*, porque los jueces deben estar siempre exentos de interferencias en el ejercicio de su función;

b) la excesiva concentración o acumulación de poder (social) en un determinado sector o grupo;

c) la corporativización que pulveriza a la sociedad con una atomización o fragmentación de grupos que, sin solidaridad convergente al bien común público, pugnan por su propio interés sectorial y fracturan el consenso de base;

d) la propensión o proclividad que por parte de los mismos operadores gubernamentales los lleva a veces a congraciarse con determinados factores de presión o de poder, internos o internacionales, para lo cual la complacencia los lleva a conferir a las decisiones del poder un contenido satisfactorio para aquéllos y para sus intereses.

CAPÍTULO XXXI

EL CONGRESO

I. EL "ÓRGANO" CONGRESO. - El "poder legislativo". - *La reforma de 1994*. - La representación política. - *La "representatividad"*. - El bicamarismo. - *El bicamarismo en las legislaturas provinciales*. - La pertenencia de las bancas del congreso. - *Las bancas de los senadores*. - La Auditoría. General y el Defensor del Pueblo. - II. LA CÁMARA DE DIPUTADOS. - El número de diputados. - *La interpretación de los arts. 45 y 46: el mínimo de "dos" diputados por jurisdicción*. - La elección, los requisitos, y la duración de los diputados. - III. LA CÁMARA DE SENADORES. - Su integración. - La elección, los requisitos y la duración de los senadores. - *El período transitorio posterior a la reforma de 1994*. - El vicepresidente de la república. - IV. LAS INCOMPATIBILIDADES Y LA REMUNERACIÓN DE LOS LEGISLADORES.

I. EL "ORGANO" CONGRESO

El "poder legislativo"

1. — Nuestra constitución formal comienza el articulado dedicado a la parte *orgánica* o derecho constitucional del poder con las normas sobre el congreso, encabezando la sección primera del título primero (Gobierno federal) de la segunda parte (Autoridades de la Nación) con el rótulo "Del *Poder Legislativo*".

La constitución ha querido denominar al congreso "poder legislativo", con lo que la palabra "poder" aquí y así empleada, más que connotar una "función" del poder, está mentando a un "órgano". Ese órgano —llamado por la misma constitución "congreso"— detenta *con exclusividad la función legislativa* en sentido material, pero no agota en ella todo el cúmulo de sus competencias, en las que también aparece función administrativa, ocasionalmente función jurisdiccional, y actividad política.

2. — Después de dictada la constitución de 1853, el *congreso constituyente* se mantuvo en sesiones hasta el 7 de mayo de 1854, en que por ley de esa fecha se declaró disuelto. El congreso federal sesionó en la ciudad de Paraná, dictando la ley nº 1 el 5 de noviembre de 1854, y la 292 el 29 de setiembre de 1861.

Instalado en Buenos Aires, las leyes comenzaron a numerarse de nuevo a partir de la nº 1, que data del 3 de junio de 1862, siguiendo el orden correlativo hasta la actualidad.

3. — El congreso es un *órgano* del poder. Es órgano *colegiado,* porque se compone de varios individuos (diputados y senadores), y es órgano *complejo* porque cada una de sus cámaras tiene naturaleza de órgano.

Aceptando esta categoría, decimos que: a) los actos del congreso que exigen competencia compartida de ambas cámaras, son *actos complejos* (el acto de cada cámara compone al acto complejo del congreso); a estos actos, y a la competencia en cuyo ejercicio se cumplen, los llamamos *congresionales;* b) los actos de cada cámara que no requieren la competencia compartida de la otra son *actos simples* de la cámara que los cumple; por eso, no pueden denominarse actos del congreso, ni tienen naturaleza compleja.

La reforma de 1994

4. — Los arts. 44, 45 y 54 han introducido modificaciones en la composición de ambas cámaras, y el art. 54 incorpora además un cambio importante en el número y la elección de los senadores.

Los arts. 44 y 45 traen dos innovaciones: a) *añaden* diputados por la *ciudad de Buenos Aires* (en virtud de su régimen autonómico —art. 129—); pero

b) *mantienen* diputados por la *capital federal* para el caso de que *se traslade* fuera de la ciudad de Buenos Aires.

De esta manera, la cámara de diputados tiene prevista una composición *tripartita:* a) diputados por cada *provincia;* b) diputados por la *ciudad de Buenos Aires;* c) diputados por la *capital federal* (en caso de traslado).

El art. 54, en cambio, ofrece estas variantes: a) añade senadores por la *ciudad de Buenos Aires;* pero

b) *suprime* los senadores por la *capital federal,* que dejará de tenerlos si se traslada fuera de la ciudad de Buenos Aires.

La composición del senado es *bipartita:* a) senadores por cada *provincia;* b) senadores por la *ciudad de Buenos Aires.*

Además:

a) *eleva* de dos a *tres* el número de senadores;

b) *reemplaza* con *elección directa* el sistema mediante el cual se elegían los senadores por las provincias (que era el de designación por las legislaturas) y por la capital federal (que era el de elección indirecta por colegio electoral);

c) *reparte* las tres bancas de cada jurisdicción del siguiente modo: c') *dos senadores* al *partido* que obtiene el mayor número de votos; c") *un senador* al *partido* que le sigue en número de votos.

La representación política

5. — Nos parece que aunque el tema de la representación política, o de la forma representativa, ha sido y es abordado dentro de un marco teórico que excede al del congreso, no queda desubicado cuando se lo reinserta dentro del estudio del parlamento y, especialmente para el caso argentino, en relación con la cámara de diputados, ya que la constitución alude en la norma de su art. 44 a los "diputados de la nación", es decir: del "pueblo", como reza el art. 45.

El art. 1º de la constitución define la forma de gobierno —entre otros calificativos— como *representativa*. El art. 22, por su parte, dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de *sus representantes*. Quiere decir que en las normas de la constitución, la representación del pueblo por el gobierno queda enfáticamente afirmada.

Pero sabemos que el hecho de que una norma diga o enuncie algo, no significa que la realidad sea como la norma la describe. Para nosotros, no hay tal representación del pueblo por el gobierno. Y si la típica representación aludida se aloja paradigmáticamente en la cámara de diputados, reiteramos que *los diputados no son representantes del pueblo.*

Ver Tomo I, cap. VII, nºs. 60 y 61.

La "representatividad"

6. — Hay, en cambio, fuera del dogma mítico de la representación popular, un posible dato empírico, cuya realidad —existente o inexistente— no depende de normas, ni es privativa del gobierno, sino extensiva a cuantos son dirigentes de cualquier entidad, asociación o grupo humano. Se trata de la *representatividad.*

Aplicada al gobierno, a los gobernantes, y sobre todo a los diputados, representatividad quiere decir "dar *presencia*", "hacer *presentes*". ¿A quién? A otros. Todo el que se encarga de asuntos ajenos o los tramita, tiene o gana representatividad cuando hace aproximadamente lo mismo que haría aquél al cual hace presente. Es decir, cuando gestiona bien y a su satisfacción sus intereses. Es algo así como un nexo o ligamen entre uno y el otro. Se trata de un fenómeno *sociológico.*

Atribuir o negar representatividad al gobierno equivale a considerar que

sectores preponderantes de la sociedad se identifican —o no— con él; distintos grupos sectoriales de la comunidad a cuyos intereses el gobernante atiende o da presencia alcanzan a componer un mosaico de representatividades útiles. Cuando el gobernante no es representativo para nadie, para ningún sector social, o sólo lo es para alguno en miniatura, hay un déficit. De alguna manera, cabría afirmar que carece de consenso societario.

Depende, pues, de cómo sea la gestión del poder —que es gestión de cosa ajena, de esa cosa de la sociedad que es la "res-pública"— el "cómo es" la representatividad del gobernante.

El bicamarismo

7. — La índole compleja del órgano congreso nos lleva al tema del *bicamarismo* o estructura bicameral del órgano. En nuestro derecho constitucional, el bicamarismo no se apoya en una mera división interna del órgano y del trabajo que la constitución le encomienda al asignarle sus competencias. La discusión en torno de la bondad y utilidad de la división del congreso en dos cámaras se aleja de nuestra interpretación para centrarse alrededor de *la forma federal* de nuestro estado.

Nuestro congreso es bicameral porque el estado es federal: el bicamarismo federal tiene su modelo en la constitución de los Estados Unidos, y responde a la teoría de que la cámara de representantes (diputados) representa al "pueblo", y la de senadores a los estados miembros o *provincias*.

8. — Nuestro art. 45 establece que *"un congreso compuesto de dos cámaras, una de diputados de la nación, y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, será investido del poder legislativo de la nación"*. La cámara de diputados, según la norma escrita, representa al "pueblo" (o a la nación). Es la dogmática de la representación política en la teoría de la democracia popular.

La norma no tiene ni puede tener vigencia sociológica, porque no hay representación de todo el pueblo ni de la nación. De la norma sólo tiene vigencia sociológica la *existencia de una cámara de diputados*, que no representa al pueblo en su conjunto (a lo sumo, en la constitución material, los diputados —pero no la cámara— representan a sus partidos políticos). La cámara de senadores representa, según la misma norma, a las provincias respectivas y a la ciudad de Buenos Aires. Esta representación puede tener vigencia, porque las provincias sí son representables en cuanto estados miembros con calidad de personas jurídicas; lo mismo la ciudad de Buenos Aires.

El bicamarismo en las legislaturas provinciales

9. — En razón de que las provincias deben, al dictar sus constituciones, guardar la subordinación y coherencia de sus respectivos ordenamientos con el ordenamiento del estado federal, han de reproducir la *división de poderes* y, por ende, organizar su "poder legislativo", que se denomina "legislatura". Pero no quedan obligadas a reproducir el bicamarismo federal, porque no concurre la misma razón que preside la división del congreso en dos cámaras.

Por ende, cuando las pautas de la constitución federal se proyectan a la organización local del poder hemos de decir que el bicamarismo no es una parte esencial de nuestra estructura tripartita del poder.

La pertenencia de las bancas del congreso

10. — Se discute a quién pertenecen las bancas legislativas: si al legislador que es titular de una de ellas o al partido político con cuyo patrocinio triunfó la candidatura del titular.

Pensamos que debe distinguirse la banca de los *diputados*, y la de los *senadores*. Las bancas senatoriales, después de la reforma de 1994, abren dudas que proponemos resolver en el nº 12. En cambio, los diputados (que en el orden normativo de la constitución se dice que representan al pueblo) representan realmente a sus respectivos partidos. No hay dificultad doctrinaria, entonces, para aceptar que las bancas de diputados son de pertenencia de los partidos que postularon las candidaturas triunfantes.

Este criterio empírico conduce a propiciar que cuando un diputado se desvincula por cualquier causa del partido que nominó su candidatura, debe perder su banca.

Si se implantara un sistema distinto al de monopolio partidario de las candidaturas, el diputado electo sin patrocinio partidario no sería representante de un partido, que tampoco titularizaría su banca.

Hay *constituciones provinciales* que definen expresamente la pertenencia partidaria de las bancas.

11. — En el orden federal, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no hay ninguna norma expresa que defina esta pertenencia partidaria de las bancas de los diputados. Entonces, para la eventual pérdida de la banca por un diputado que deja de pertenecer al partido que lo postuló, ha de computarse el art. 66, que otorga a cada cámara la competencia privativa de remover o expulsar a sus miembros. Tal competencia debe ser ejercida por la cámara en cada caso concreto, conforme a su apreciación y decisión. Parece, entonces, que

una mera ley federal no podría disponer con carácter general para todos los casos la pérdida automática de la banca de diputados en el supuesto de que éstos dejaran de pertenecer a su partido.

Para que la cámara separe de su seno al diputado que deja de ser afiliado al partido por el que fue electo creemos que (salvo el caso de desafiliación voluntaria) hace falta que previamente se agoten todas las instancias (partidarias y, acaso, judiciales) que el respectivo partido tiene previstas para separar de su seno a quienes forman parte de él.

Las bancas de los senadores

12. — Después de la *reforma de 1994* la banca de los senadores ofrece más dudas que antes.

En primer lugar, hemos de indagar el actual art. 54, que dice así:

"El senado se compondrá de *tres senadores* por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo *dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos.* Cada senador tendrá un voto."

(La bastardilla es nuestra).

En segundo lugar, hay que observar que los senadores ya no son elegidos por las legislaturas provinciales (salvo durante el régimen transitorio regulado en la disposición también transitoria cuarta), sino por el *cuerpo electoral.*

En tercer lugar, no cabe duda de que el reparto de las tres bancas entre dos partidos refuerza la postulación partidaria de candidatos al electorado (durante el régimen transitorio, también la citada disposición transitoria cuarta consigna que los candidatos a senadores que elijan las legislaturas serán propuestos por los partidos o las alianzas electorales).

La imagen que brinda ahora el senado posee un indudable perfil de *representación partidaria* y, todavía más, nos hace detectar que acá sí aparece el monopolio partidario de las candidaturas (que para otros cargos electivos entendemos que no queda impuesto por el art. 38).

La complicación surge cuando esta representación partidaria ha de conciliarse con la tradicional, que damos por subsistente después de la reforma, y según la cual los senadores representan a las provincias (y ahora también a la ciudad de Buenos Aires). ¿Es ello posible?

Intentamos sugerir que *los senadores representan a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires a través del partido al que también representan.* La mixtura parece rara, pero no hay por qué rechazar la posible realidad de una doble representación.

De aquí en más, aunque el art. 54 no define explícitamente que las bancas de los senadores pertenecen a los partidos a los que representan, hay espacio amplio para aseverarlo con certeza.

13. — Una cuestión más se añade después de la reforma, frente a constituciones provinciales sancionadas con anterioridad a ella, cuando los senadores eran elegidos por las legislaturas, y las bancas no se distribuían partidariamente como ahora.

En ese constitucionalismo provincial encontramos normas que prevén la competencia de las legislaturas locales para dar *instrucciones a los senadores federales* a efectos de su gestión en el senado, cuando se trata de asuntos que comprometen o afectan intereses de la provincia a la que representan. Así, las constituciones de San Juan, Córdoba, y Tierra del Fuego.

Otras, como las de La Rioja y también Tierra del Fuego, agregan que la legislatura provincial puede solicitar al senado federal que *remueva* al senador que no ha acatado las instrucciones impartidas por ella.

Todavía más: la de Tierra del Fuego establece que, con independencia de lo que decida el senado federal, el senador que no acató las instrucciones de la legislatura *queda inhabilitado* para desempeñar cargos provinciales.

Para dilucidar el problema que estas normas locales plantean, hay que recordar que el status y el desempeño de los senadores queda regido totalmente por la *constitución federal,* y que es el senado el único que detenta el poder disciplinario sobre sus miembros, conforme al art. 66.

De todos modos, mientras las legislaturas provinciales no lleguen al extremo de conferir "mandato imperativo" a los senadores federales, hacemos el esfuerzo —dentro de un ancho margen de opinabilidad— para estimar que normas de constituciones provinciales como las citadas no son inconstitucionales, en la medida en que sólo se apliquen y surtan efectos en jurisdicción de la respectiva provincia.

14. — Como síntesis, creemos que: a) las provincias no pueden condicionar la designación y permanencia de los senadores federales con un mandato imperativo; ni, b) prever revocatoria o cesación en el cargo de senador federal.

La Auditoría General y el Defensor del Pueblo

15. — Dentro de la misma sección que la constitución dedica al congreso aparecen dos órganos que, a nuestro criterio, ya hemos dicho que consideramos *extrapoderes.* Son la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo.

La Auditoría es definida por el art. 85 como organismo de *asistencia técnica* del congreso para el *control externo* del sector público.

El Defensor del Pueblo, al que el art 86 adjudica la categoría de órgano independiente instituido en el ámbito del congreso, cumple una función de *defensa y protección de los derechos humanos*, y de *control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*

16. — Hemos de aclarar por qué los dos órganos mencionados tienen, para nosotros, la naturaleza de *extrapoderes*, aunque en el texto normativo cada uno viene regulado en su propio capítulo como parte de la sección dedicada al poder legislativo. (Lo mismo ocurre con el jefe de gabinete y los demás ministros en relación con el poder ejecutivo, no obstante que éste es unipersonal y aquéllos no lo integran).

Ni la Auditoría General ni el Defensor del Pueblo tienen a su cargo competencias atribuidas al congreso. La primera inviste la asistencia técnica del congreso y emite dictámenes. El segundo, defiende y protege los derechos humanos. Ambos órganos tienen autonomía funcional; el Defensor del Pueblo, además, no recibe instrucciones de ninguna autoridad.

Es muy claro que tales funciones de colaboración, por más anexas que acaso se reputen en relación con el congreso, son independientes y tipifican muy bien la categoría "extrapoderes" de los dos órganos.

Remitimos al cap. XLI.

II. LA CAMARA DE DIPUTADOS

El número de diputados

17. — El art. 45 dispone que la *cámara de diputados* se compondrá de *representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo estado, y a simple pluralidad de sufragios;* el número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada *censo* (estableciendo el primitivo art. 39, hoy art. 47, que para la segunda legislatura debería realizarse el censo general y arreglarse a él el número de diputados, pudiendo ese censo renovarse sólo cada diez años) el congreso fijará la representación, que podrá *aumentar* pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

18. — Los diputados son, de acuerdo con la letra y el espíritu de la constitución formal, representantes de la "nación" (art. 44) o del "pueblo" (art. 45).

Son elegidos por el pueblo; "pueblo" es, a este fin, el electorado activo o cuerpo electoral.

El número de habitantes que sirve de índice básico para establecer el número de diputados debe computarse incluyendo a los extranjeros; no es posible limitarlo a la población "argentina", porque la norma habla de "habitantes", y habitantes son tanto los ciudadanos o nacionales como los extranjeros.

19. — La base de población de la que surge el número de diputados se reajusta periódicamente de acuerdo con el *censo general.* Este censo —conforme al art. 47— "sólo podrá renovarse cada *diez años*". Joaquín V. González opina que es acertado afirmar que la constitución ha querido que cada diez años, por lo menos, se renueve la operación del censo general; y González Calderón sostiene que el art. 39 es imperativo y prohibitivo: el censo "debe" realizarse cada diez años, y "no puede" efectuarse con periodicidad menor. Esta obligación responde al propósito de que el número de diputados refleje la cantidad de población de cada distrito electoral.

Si mantenemos firmemente la opinión de que una ley puede asegurar un mínimo de *dos diputados por cada provincia* (aunque la base de población de alguna no alcance más que para designar "uno" solo) (ver nos. 20 y21) también creemos con seguridad que es *inconstitucional* "agregar" más diputados por sobre esos dos, porque los diputados adicionales vienen a ser diputados "regalados", en contradicción con la pauta rigurosa del art. 45, al no guardar relación con la población.

La base de población fijada en el art. 45 puede ser *aumentada pero no disminuida,* de lo que resulta que el número de diputados extraído de la población de cada provincia y de la capital puede ser inferior al que existe antes de cada censo. El art. 45 dice que no podrá disminuirse, pero sí aumentarse, la base de población que prescribe, o sea, uno por cada treinta y tres mil o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos.

La interpretación de los arts. 45 y 46; el mínimo de "dos" diputados por jurisdicción

20. — Ha quedado dicho que el art. 45 impone a cada distrito el número de diputados que resulte de su población. Si se toma en cuenta esta norma aislada, hay que afirmar que si acaso una provincia de escasa población no alcanza más que a un diputado, *sólo puede tener un diputado.* (Ha de recordarse que, de acuerdo al censo de 1947, muchas provincias de población reducida sólo tenían un diputado al tiempo de dictarse la ley 15.264 —de 1959— que les aseguró un mínimo de dos).

La conclusión que surge de la interpretación desconectada del art. 45 no es

la más acertada, porque la constitución se ha de interpretar en forma sistemática, coordinando todas las normas que, entre sí, guardan relación suficiente. Es así como se debe acudir al *art. 46.* Este artículo es, en realidad, una norma "transitoria" que el constituyente incluyó únicamente para determinar por sí mismo y directamente la composición de la cámara de diputados y el número de sus miembros en la *primera "legislatura"*, pero pese a esa circunstancialidad temporal es imprescindible observar que para la "primera vez", *ninguna provincia tenía menos de "dos" diputados.* La norma subsiste después de la reforma de 1994.

21. — Una interpretación coherente y relacionada de los arts. 45 y 46 lleva a sostener, con seguridad suficiente, que *después de 1853 ninguna provincia puede tener menos de dos diputados,* porque ese mínimo lo tuvo para formar el primer congreso. De ahí que, a nuestro criterio, la constitución autoriza a que el congreso mantenga por *ley* ese mismo número mínimo de dos cuando, al reajustar la base de población después de cada censo, una provincia queda con un solo diputado.

La elección, los requisitos, y la duración de los diputados

22. — La elección de los diputados se efectúa de modo *directo y a simple pluralidad de sufragios,* considerándose a las provincias, a la ciudad de Buenos Aires y a la capital federal como distritos electorales de un solo estado.

Para *ser diputado* se requiere haber cumplido veinticinco años de edad, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella. Estas condiciones —fijadas en el art. 48— deben reunirse "para ser diputado", o sea, al tiempo de aprobarse el diploma del electo por la cámara (a diferencia de las condiciones para ser "elegido" senador, que deben reunirse al tiempo de la elección).

Para la primera legislatura, el art. 49 dispuso que las legislaturas provinciales reglarían los medios para hacer efectiva la elección directa de los diputados, pero para el futuro del congreso debería expedir una ley general, y así se hizo en diversas ocasiones.

Los diputados *duran cuatro años, y son reelegibles,* pero la cámara se renueva por mitad cada bienio (a cuyo efecto, los nombrados para la primera legislatura debían sortear, luego que se reunieran, los que habrían de salir en el primer período; el primer sorteo tuvo lugar el 13 de julio de 1855).

Esta norma del art. 50 sufrió fractura en el orden de las conductas cuando

el poder ejecutivo de facto en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, disolvió las cámaras del congreso. A raíz de eso, al restablecerse la normalidad constitucional y elegirse la totalidad de diputados, hubo cada vez que reaplicar la disposición originaria y transitoria del sorteo para la renovación por mitad en el primer bienio.

23. — El art. 51 prescribe que en caso de *vacante,* el gobierno de la correspondiente jurisdicción hace proceder a elección legal de un nuevo miembro. La constitución quiere que la diputación se cubra con una nueva elección posterior a la vacancia; por eso, reputamos inconstitucional todo sistema legal que, juntamente con los diputados, obliga a elegir *suplentes* para reemplazar a los titulares. No obstante, el derecho constitucional material ha incorporado la práctica de elegir suplentes en la elección de diputados para tener sustitutos anticipados en caso de vacantes, por lo que producidas éstas no se realiza nueva elección en los términos del art. 51.

Es inconstitucional que el diputado que cubre la banca dejada vacante por otro durante el plazo de cuatro años, vea reducido el suyo por uno menor para sólo completar el período.

III. LA CAMARA DE SENADORES

Su integración

24. — El *senado* se compone de *tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires.* Cuando los senadores votan en la cámara, la representación no se unifica, como pudiera pensarse en razón de que los tres representan a un mismo ente, sino que cada senador tiene un voto (art. 54).

La *senaduría por la capital* ha desaparecido.

La elección, los requisitos y la duración de los senadores

25. — Los senadores de las provincias *ya no son elegidos por sus legislaturas a pluralidad de sufragios,* conforme al anterior art. 46 de la constitución, sino *por el cuerpo electoral;* ahora, pues, la elección es *directa* (art. 54). Para el período transitorio ver nº 27.

26. — Los requisitos para ser "elegido" senador (que deben reunirse, por eso, en el momento en que la elección se realiza, y no en el que el senador se incorpora a la cámara) son: edad de treinta años,

haber sido seis años ciudadano de la nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elige o con dos años de residencia inmediata en ella. Así lo establece el art. 55.

Los senadores, de acuerdo con el art. 56, *ya no duran nueve años* en el ejercicio de su mandato, *sino seis*, y son *reelegibles* indefinidamente (este adverbio no figura en la cláusula de reelección de los diputados del art. 50). El senador se renueva a razón de una tercera parte de los distritos electorales cada dos años.

Cuando *vaca una plaza* senatorial por muerte, renuncia u otra causa, el gobierno a que corresponde la vacante hace proceder inmediatamente (este adverbio tampoco figura en la norma análoga para la cámara de diputados, del art. 51) a la elección de un nuevo miembro.

La vacancia por renuncia no se opera por la presentación de la dimisión, sino recién a partir del momento en que el senado la acepta. Por ende, no se puede designar nuevo senador antes de dicha aceptación, porque la banca no está vacante. En caso de realizarse tal elección anticipadamente, queda afectada de nulidad e inconstitucionalidad.

Cuando un senador deja vacante su banca mientras pende su período, estimamos inconstitucional que el nuevo senador que lo reemplaza sea designado para completar dicho lapso, porque la constitución asigna a cada senador y a todos un tiempo de desempeño de seis años que no es viable de reducción, de forma que esa especie de "suplencia" permanente por un tiempo menor pugna abiertamente con el art. 56.

El período transitorio posterior a la reforma de 1994

27. — Como el período senatorial que era de nueve años se ha reducido a seis, y además no se amputó el lapso de desempeño de quienes en 1994 ocupaban su banca de acuerdo al texto anterior a la reforma, la *disposición transitoria cuarta* de la constitución reformada establece, con relación al nuevo art. 54:

"Los actuales integrantes del Senado de la Nación desempeñarán su cargo hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno.

En ocasión de renovarse un tercio del Senado en mil novecientos noventa y cinco, por finalización de los mandatos de todos los senadores elegidos en mil novecientos ochenta y seis, será designado además un tercer senador por distrito por cada Legislatura. El conjunto de los senadores por cada distrito se integrará, en lo posible, de modo que correspondan dos bancas al partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la Legislatura, y la restante al partido político o alianza electoral que le siga en número de

miembros de ella. En caso de empate, se hará prevalecer al partido político o alianza electoral que hubiera obtenido mayor cantidad de sufragios en la elección legislativa provincial inmediata anterior.

La elección de los senadores que reemplacen a aquellos cuyos mandatos vencen en mil novecientos noventa y ocho, así como la elección de quien reemplace a cualquiera de los actuales senadores en caso de aplicación del artículo 62, se hará por estas mismas reglas de designación. Empero, el partido político o alianza electoral que tenga el mayor número de miembros en la Legislatura al tiempo de la elección del senador, tendrá derecho a que sea elegido su candidato, con la sola limitación de que no resulten los tres senadores de un mismo partido político o alianza electoral.

Estas reglas serán también aplicables a la elección de los senadores por la ciudad de Buenos Aires, en mil novecientos noventa y cinco por el cuerpo electoral, y en mil novecientos noventa y ocho, por el órgano legislativo de la ciudad.

La elección de todos los senadores a que se refiere esta cláusula se llevará a cabo con una anticipación no menor de sesenta ni mayor de noventa días al momento en que el senador deba asumir su función.

En todos los casos, los candidatos a senadores serán propuestos por los partidos políticos o alianzas electorales. El cumplimiento de las exigencias legales y estatutarias para ser proclamado candidato será certificado por la Justicia Electoral Nacional y comunicado a la Legislatura.

Toda vez que se elija un senador nacional se designará un suplente, quien asumirá en los casos del artículo 62.

Los mandatos de los senadores elegidos por aplicación de esta cláusula transitoria durarán hasta el nueve de diciembre del dos mil uno.

(Corresponde al artículo 54.)"

El vicepresidente de la república

28. — El *vicepresidente de la república* es el *presidente nato del senado.* Con respecto al poder ejecutivo, es un órgano al margen de él —extrapoderes—, pero con respecto al senado, lo integra a título propio como presidente nato. Sin embargo, sólo dispone de "voto" en caso de empate (art. 57), lo que no debe interpretarse como impidiéndole tener "voz".

El art. 58 establece que el senado nombrará un *presidente provisorio* para que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando éste ejerza las funciones de presidente de la nación.

IV. LAS INCOMPATIBILIDADES Y LA REMUNERACION DE LOS LEGISLADORES

A) 29. — Como disposición común a ambas cámaras, relacionada con el ejercicio del cargo parlamentario, el art. 72 consigna que ningún miembro del congreso podrá recibir empleo o comisión del poder ejecutivo, sin previo consentimiento de la cámara respectiva, excepto los empleos de escala. Conviene, asimismo, vincular el tema de la incompatibilidad con la disposición del art. 105, incluida en la parte de la constitución que se refiere a los ministros del poder ejecutivo, y que dice que éstos no pueden ser senadores ni diputados sin hacer dimisión de sus empleos de ministros (y, a contrario sensu, que los senadores y diputados tampoco pueden acumular al cargo parlamentario el cargo de ministros del poder ejecutivo).

Las *incompatibilidades* de los artículos 72 y 105 se fundan en varias razones: a) en un sistema de división de poderes que quiere independizar al congreso del ejecutivo, y viceversa; b) en el propósito de obtener una dedicación eficaz e integral al cargo parlamentario; c) en el principio ético de que dicho cargo exige una independencia de criterio y de actuación que puede resentirse por el desempeño simultáneo de otras ocupaciones o empleos oficiales o privados.

Cae de su peso que tampoco puede acumularse el desempeño de un cargo legislativo con la función judicial. En cambio, nada dice la constitución de las actividades privadas; en principio, no están vedadas, pero la incompatibilidad puede configurarse implícitamente (por ej.: un legislador no puede actuar privadamente como abogado o agente de empresas e instituciones con las que el congreso tiene o puede tener relación a través de su función legislativa, política o administrativa).

Los empleos de escala que se exceptúan de la incompatibilidad son los que constituyen un estado o profesión habitual que no se reciben por favor o gracia del designante, y en los que se asciende por antigüedad en forma graduada.

Por último, fuera del espíritu y las motivaciones que fundamentan las incompatibilidades señaladas, el art. 73 estipula que los *eclesiásticos regulares* no pueden ser miembros del congreso, ni los *gobernadores de provincia por la de su mando.*

La interdicción para los primeros se ha basado en la relación de dependencia que surge del voto de obediencia de los religiosos que pertenecen a órdenes o congregaciones, conforme al derecho canónico. Es una prohibición anacrónica, porque el legislador de cualquier partido político se encuentra más ligado

(incluso por mandato imperativo) a los comandos políticos y partidarios, que un eclesiástico regular al superior de la orden o comunidad religiosas.

En cuanto a los gobernadores, la incompatibilidad es consecuencia de nuestra estructura federal, que establece un gobierno federal y gobiernos locales; por otra parte, la residencia en la capital de provincia y en la capital federal para el desempeño de ambos cargos simultáneamente, resulta prácticamente imposible.

Aunque el artículo se refiere a la incompatibilidad para ocupar la gobernación de una provincia y ser a la vez legislador por la misma, creemos que ningún gobernador de provincia podría acumular el cargo de diputado o senador por otra provincia distinta. Este alcance que asignamos al artículo se desprende de una interpretación *extensiva:* la norma dice literalmente menos de lo que quiso decir la voluntad histórica del autor de la norma; por eso hay que ensanchar o ampliar la norma, para hacerla coincidir con la voluntad de su autor.

B) 30. — Los miembros del congreso tienen prevista una *remuneración* en el art. 74 de la constitución. Esa dotación debe ser fijada por ley, y pagada por el tesoro de la nación.

La retribución de los legisladores —que se conoce con el nombre de *dieta*— no es para nosotros un verdadero privilegio parlamentario, y por eso no la incluimos en la materia propia del derecho parlamentario. Se trata de una mera compensación por los servicios prestados. (Conviene comparar el art. 74 con el texto de los que se refieren a la remuneración presidencial y ministerial, y a la de los jueces, y que contienen garantías de inalterabilidad, ausentes en el art. 74, lo que demuestra que el estipendio previsto en éste es puramente salarial.)

La ética (ahora aludida en el art. 36 como "ética pública") exige que siendo el propio congreso el que establece el monto de la asignación se guarde la proporción debida para no incurrir en emolumentos odiosos y diferenciales con respecto a los restantes de los empleos oficiales. Parece también aconsejable que la remuneración se pondere teniendo en cuenta el período efectivo de sesiones (y no el receso) y la asistencia a las reuniones. No debe establecerse un régimen especial que vulnere la igualdad —por ej.: creando exenciones impositivas, o inembargabilidades que no existan en el sistema uniforme de sueldos—.

CAPÍTULO XXXII

EL DERECHO PARLAMENTARIO

I. SU CONTENIDO. - II. LAS SESIONES DEL CONGRESO. - Las sesiones "preparatorias". - *El juicio de la elección por las cámaras.* - Las sesiones ordinarias. - Las sesiones "de prórroga" y "extraordinarias". - III. EL TRABAJO PARLAMENTARIO. - El tiempo. - La forma. - La igualdad de ambas cámaras. - La simultaneidad de las sesiones. - La publicidad de las sesiones. - El quorum. - *El derecho de la minoría.* - *Casos varios respecto del quorum.* - *El quorum especial en la reforma de 1994.* - Las comisiones del congreso. - IV. LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES. - Su significado. - Su clasificación. - A) El juicio de las elecciones. - B) El reglamento de cada cámara. - C) El poder disciplinario. - *El poder disciplinario frente a terceros extraños a la cámara.* - *El derecho judicial en materia de poder disciplinario.* - D) La inmunidad de expresión. - *El derecho judicial en materia de inmunidad de expresión.* - *Nuestra posición valorativa.* - E) La inmunidad de arresto. - *¿Qué pasa después del arresto?* - F) El desafuero. - *Delito anterior a la elección.* - *El desafuero y el juicio político.* - *El derecho judicial en materia de desafuero.* - *Nuestra posición valorativa.* - Los privilegios en sede judicial. - Los privilegios durante el estado de sitio. - Los privilegios que las constituciones provinciales acuerdan a sus legisladores. - G) La llamada "interpelación". - Las facultades de investigación de las cámaras y del congreso. - *Las pautas básicas.*

I. SU CONTENIDO

1. — El *derecho parlamentario* es la parte del derecho constitucional del poder que se refiere a la constitución, los privilegios y el funcionamiento de los cuerpos parlamentarios —en nuestro caso, del congreso y sus cámaras—. Parecen quedar fuera de su ámbito los problemas relativos a la estructura del órgano —uni o bicamarista—, a las condiciones de elegibilidad de sus miembros, a la forma de designación de los mismos, a la duración de los cargos, a las incompatibilidades y remuneraciones, y a la competencia del congreso y de cada una de sus cámaras.

De este modo, el derecho parlamentario comprende solamente:

a) la *constitución del congreso en sentido formal,* o sea, desde las

sesiones preparatorias hasta la incorporación de los legisladores, abarcando el juicio sobre la validez de la "elección-derecho-título" de los mismos, la aceptación de sus diplomas, el juramento, y la constitución de las autoridades;

b) los llamados *privilegios* o inmunidades —individuales y colectivos—;

c) *el funcionamiento del congreso:* sesiones y sus clases, duración, modo de reunión, carácter de las mismas, formas de emisión de los actos de su competencia, quorum, mayoría de votos, etcétera.

Algunos de estos aspectos están regulados por la propia constitución formal; otros mediante el *reglamento interno* de cada cámara, que ambas dictan por expresa competencia acordada por la constitución (art. 66); muchos surgen de la práctica o costumbre (derecho espontáneo), especialmente por la intercalación de los partidos políticos en la dinámica del derecho constitucional del poder.

II. LAS SESIONES DEL CONGRESO

2. — Las *sesiones* del congreso se dividen en cuatro categorías: tres previstas en la constitución, y una en los reglamentos internos de las cámaras. Las primeras son: a) las *ordinarias;* b) las de *prórroga;* c) las *extraordinarias.* La cuarta categoría está dada por las sesiones *preparatorias,* que son las primeras en el orden del tiempo porque se anticipan a las ordinarias.

Las sesiones "preparatorias"

3. — Las sesiones preparatorias tienen por objeto recibir a los electos que han presentado diploma expedido por autoridad competente, y elegir las autoridades de cada cámara.

El *juramento* de diputados y senadores es exigido por el art. 67 de la constitución, y se presta en el acto de la incorporación con objeto de desempeñar debidamente el cargo y de obrar en todo de conformidad a lo que prescribe la constitución. Las cámaras han elaborado sus fórmulas, que pueden ser religiosas y laicas.

El juicio de la elección por las cámaras

4. — También prevé la constitución una facultad de las cámaras, que es *privativa* de cada una de ellas (competencia propia) y que suele incluirse entre sus *"privilegios" colectivos.* Normalmente, se ejercita en las sesiones preparatorias para constituir la cámara. Es

la que el art. 64 contiene en la fórmula de que *"cada cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez"*.

En primer término, cabe observar que el texto dice que cada cámara "es juez" pero no dice que sea juez "exclusivo". Esta acotación debe tenerse presente para el momento de analizar si es una facultad que admite o no control judicial.

Vanossi resume en un cuadro muy gráfico la norma del art. 64:

Cada cámara es *juez*

de { elecciones / derechos / títulos } de sus miembros

en cuanto a su *validez*

Nuestro punto de vista es el siguiente: a) el ser juez con el alcance antedicho se limita a conferir el "privilegio" de examinar la validez de "título-derecho-elección", y nada más (por ej., si el electo reúne las condiciones que la constitución exige, y si las reúne en el momento que la constitución determina); b) pero juzgar el acto electoral "in totum" —según expresión de Vanossi— no significa que las cámaras juzguen los aspectos "contenciosos" del proceso electoral (por ej.: la validez de los votos, su anulación u observación, los votos en blanco, la validez de las actas del comicio o aprobación de listas, la personería de los partidos políticos, etc.); todo ello es competencia *extraparlamentaria*, y propia de otros órganos —especialmente de los *órganos judiciales* en materia electoral—; c) aun en lo que hace al juicio sobre la validez de "título-derecho-elección" de los legisladores por cada cámara, estimamos que en ciertas situaciones especialísimas cabría el control judicial (y ello porque cada cámara es juez, pero no juez "exclusivo"); por ej.: si una cámara, después de aceptar el diploma de un electo, desconociera su validez y revocara la incorporación del miembro; o si obrara con arbitrariedad manifiesta, etcétera.

5. — No es abundante la *jurisprudencia* existente en la materia. El funcionamiento del derecho constitucional del poder no suscita demasiadas causas judiciales, y, de suscitarlas, muchas de ellas son reputadas como políticas o no justiciables. En orden al art. 64, nuestra Corte Suprema ha cerrado el circuito

de juzgamiento en cada cámara del congreso como *facultad privativa*, cuyo ejercicio definitivo no debe ser interferido o limitado por una resolución de la Corte.

6. — El planteo de las impugnaciones a los legisladores electos puede efectuarse en las sesiones preparatorias, y en ellas puede decidirse la incorporación; pero creemos —con Bielsa— que en sesiones preparatorias no puede rechazarse el diploma de un electo, porque ello implica la plenitud del juzgamiento de su "elección-derecho-título" en cuanto a la validez, y tal competencia la tienen las cámaras en el período ordinario de sesiones (y no en las preparatorias, que la constitución ignora).

Los *reglamentos* de ambas cámaras enfocan las causas de impugnación y los sujetos legitimados para invocarlas, así como el mecanismo de sustanciación. Aparte de ello, deseamos dejar establecido que cada cámara puede, de oficio —o sea, sin que sujeto alguno legitimado formule impugnación— ejercer la facultad de juzgar la validez de "elección-derecho-título" con sus efectos consiguientes.

En ejercicio de la facultad que consagra el art. 64 las cámaras pueden —y deben— juzgar si el electo reúne el requisito de la "idoneidad" para ser diputado o senador (conforme al art. 16). Inclusive, cuando el art. 66 otorga a las cámaras el poder disciplinario para remover a sus miembros por inhabilidad física o moral "sobreviniente" a su incorporación, fluye de la norma que si su similar inhabilidad es "anterior" a la incorporación (y la cámara la conoce), el legislador electo no debe ser incorporado.

Las sesiones ordinarias

7. — El congreso tiene asignado un *período ordinario de sesiones*, y un *receso* entre tales períodos.

La propia constitución formal prevé la intermitencia en el ejercicio de las competencias del congreso y de sus cámaras, lo cual revela que el poder legislativo no es el más importante, desde que la dinámica constitucional puede subsistir durante el paréntesis de la actividad congresional, cosa que no ocurre con el poder ejecutivo ni con la administración de justicia.

El art. 63 dice que ambas cámaras se reunirán en *sesiones ordinarias todos los años desde el 1º de marzo hasta el 30 de noviembre.*

Como el art. 99 inc. 8º menciona entre las facultades del *presidente de la república* la de hacer anualmente la *apertura* de las sesiones del congreso, se suscita la duda de si es imprescindible ese acto presidencial para que el congreso entre en funciones. Si lo fuera, la omisión presidencial operaría como un arma ajena al congreso que podría paralizar o bloquear la actividad del órgano parlamentario que, por la división de poderes, no tolera semejante obstáculo.

En resumen: el ejecutivo tiene la "*obligación* constitucional" de *convocar* las cámaras el 1º de marzo y de abrir sus sesiones ordinarias; si no lo hace, el congreso tiene competencia para reunirse de pleno derecho, y *debe* hacerlo.

En el derecho constitucional material, la fecha inicial del período ordinario no siempre ha sido respetada.

8. — Fuera del período de sesiones, no queda inhibido el trabajo parlamentario que no requiere la reunión de las cámaras. Lo que no pueden éstas es sesionar, pero sí ejercer las competencias que no demandan sesión. Así, por ej., pueden reunirse las comisiones, los bloques, las comisiones investigadoras, etcétera.

Las sesiones "de prórroga" y "extraordinarias"

9. — El art. 63 agrega que "pueden ser convocadas (las cámaras) *extraordinariamente* por el presidente de la nación, o *prorrogadas* sus sesiones". Coordinando esta norma con la del inc. 9º del art. 99, leemos en él que el presidente de la república "prorroga las sesiones ordinarias del congreso o lo convoca a sesiones extraordinarias cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera".

Nos parece que algo es indiscutible en la exégesis de estos textos: a) que *sólo* el presidente puede convocar a sesiones *extraordinarias;* b) que el presidente "*puede* prorrogar" las *ordinarias;* c) a contrario sensu, que el *congreso no puede autoconvocarse a sesiones extraordinarias.*

Lo que admite duda es si el congreso puede prorrogar sus sesiones ordinarias; es decir, si se trata de una facultad *concurrente* del congreso y del poder ejecutivo. La duda se plantea con la prórroga de las ordinarias y no con la convocatoria a extraordinarias, porque en el art. 63 *in fine,* la redacción dada al párrafo acusa una diferencia: dice que *las cámaras pueden ser convocadas extraordinariamente por el presidente, o prorrogadas sus sesiones* (y acá no dice por quién). En tal forma, la exclusividad de la convocatoria presidencial parece afectar sólo a las *extraordinarias.* En cuanto a la *prórroga de las ordinarias,* la facultad del presidente (que para este caso no surge del art. 63 sino del 99 inc. 9º) existe, pero no parece exclusiva, porque el art. 63 no lo dice.

En suma, nuestra interpretación es la siguiente: a) las sesiones

extraordinarias deben siempre ser *convocadas por el poder ejecutivo,* no pudiendo el congreso disponer por sí solo su realización; b) la *prórroga* de las sesiones ordinarias puede ser dispuesta *tanto por el presidente de la república como por el mismo congreso.*

No obstante esta conclusión doctrinaria, nuestro derecho constitucional material *no* ha ejemplarizado la práctica de que el congreso prorrogue por sí mismo su período de sesiones ordinarias.

10. — En la *prórroga* de las sesiones ordinarias el congreso continúa su período anual, y mantiene la plenitud de la competencia del cuerpo, y cada cámara la propia de sus facultades privativas. En cambio en las sesiones *extraordinarias,* cuya convocatoria depende inexorablemente de un acto del ejecutivo motivado por un "grave interés de orden o de progreso" (art. 99 inc. 9º) el congreso no dispone de la plenitud de su competencia, que queda circunscripta a las cuestiones que provocan la realización de las sesiones, y que son fijadas por el presidente de la república.

Ahora bien, una vez efectuada la convocatoria y determinado el temario, el poder ejecutivo no puede privar al congreso de su competencia para reunirse y tratarlo; la facultad del ejecutivo se limita al impulso inicial (con la determinación de los asuntos a tratar), una vez dado el cual tampoco puede sustraer el proyecto.

11. — Nuestro derecho constitucional no conoce —ni en la constitución formal ni en la material— un instituto que ofrece modalidades interesantes en el derecho comparado. Se trata de las *comisiones permanentes* del parlamento que, como órgano transitorio del mismo, ejercen algunas competencias durante el receso parlamentario para *suplir* la actividad suspendida en la totalidad del cuerpo.

Sin embargo, la *Comisión Bicameral* prevista en los arts. 99 (inc. 3º) y 100 (incs. 12 y 13) ha sido calificada como *"permanente"* por el propio texto reformado en 1994 a los fines en él establecidos. (Ver nºs 24 y 25).

III. EL TRABAJO PARLAMENTARIO

El tiempo

12. — La fijación del período de sesiones ordinarias más la práctica de que el congreso no las prorroga por sí mismo (porque la prórroga, así como la convocatoria a extraordinarias, la dispone el poder ejecutivo), ha conducido a reducir el rol del congreso y a que, en suma, acrezca la preponderancia presidencial.

Entre tanto, y en el marco de la constitución formal, no faltan opiniones que para el ejercicio excepcional de ciertas competencias consideran implícitamente habilitada la autoconvocatoria del congreso o de alguna de sus cámaras (por ej.: para promover juicio político al presidente durante el receso parlamentario).

La forma

13. — Creemos que nuestra constitución formal no contiene ninguna norma general que establezca de qué modo trabajan las cámaras para ejercer las competencias congresionales (o sea, las que requieren el concurso de ambas cámaras).

Es cierto que hay una serie de normas —corroboradas, además, por la inveterada vigencia del derecho espontáneo en la práctica constitucional— que hacen referencia a las *sesiones separadas*, pero al lado de esta serie, otras normas que se refieren al congreso como cuerpo, y a algún acto que él debe cumplir, no reseñan en esas oportunidades el modo de trabajo (por ej.: el art. 30). Por fin, en alguna ocasión la constitución exige expresamente la reunión de ambas cámaras en *sesión conjunta* —que se llama asamblea legislativa— (por ej.: art. 93 y art. 99 inc. 8º).

14. — Si nos fijamos en el mecanismo de *sanción de las "leyes"*, no cabe duda de que la constitución ha previsto e impuesto el tratamiento de los proyectos de ley (deliberación y aprobación) por cada cámara *separadamente;* una es cámara *de origen,* y otra es cámara *revisora.* Ahora bien: como nosotros entendemos que no todos los actos del congreso tienen naturaleza de ley, y que aquéllos que no lo son no deben emanarse con "forma de ley", interpretamos que el trabajo parlamentario separado está ordenado *solamente para las leyes* (entendiendo por tales los actos con naturaleza *material* de ley y forma de ley). Para los casos en que la constitución no arbitra ese procedimiento, creemos que reserva al congreso la opción del trabajo separado o conjunto.

Para el trabajo de cada cámara por separado, existe la opción de aplicar, *por analogía,* el procedimiento de sanción que la constitución establece para *las leyes.*

15. — Lo que sí contempla la constitución después de la reforma de 1994 es la aprobación en *comisiones* de cada cámara de proyectos de ley en particular, conforme al art. 79. (Ver nº 25, y cap. XXXV, nºs. 23 a 26).

16. — Nuestro derecho constitucional material *no* ha ejemplarizado el trabajo en sesión conjunta. A la inversa, se ha ejemplarizado el trabajo separado en cada cámara, y la "forma" de *ley* de todos los actos congresionales.

La igualdad de ambas cámaras

17. — Para cumplir los actos de su competencia, el congreso tiene *parificadas* a ambas cámaras. No hay, en nuestro régimen, una cámara con status prevaleciente, como sí puede serlo la de los comunes en Gran Bretaña. Las dos son iguales, y los actos del congreso son *actos complejos* en los que concurren dos voluntades también iguales —la de la cámara de diputados y la del senado—.

Esta igualdad no quita que, en el mecanismo legislativo, no todas las leyes puedan tener origen en cualquiera de las cámaras; o que la insistencia de una cámara acerca de un proyecto de ley pueda a veces asegurar la sanción; o que el rechazo total de un proyecto por una cámara impida repetir su tratamiento en las sesiones de ese año.

De esta igualdad de ambas cámaras sólo puede hablarse en el caso de actos del congreso que requieren (precisamente por ser del congreso) la aprobación de diputados y senadores. En las competencias *privativas y exclusivas* de una sola de las cámaras, la comparación con la otra no es posible (y el senado tiene mayor cantidad de esas competencias que la cámara de diputados).

La simultaneidad de las sesiones

18. — Ambas cámaras, reza el art. 65, *empiezan y concluyen sus sesiones simultáneamente; ninguna de ellas, mientras se hallen reunidas, podrá suspender sus sesiones más de tres días sin consentimiento de la otra.*

La coordinación del trabajo parlamentario parece haber exigido esa simultaneidad y, dada la generalidad de la norma, extendemos su aplicación: a) a todo tipo de sesiones constitucionales (ordinarias, de prórroga y extraordinarias); b) tanto a los actos del congreso como a los privativos de cada cámara.

En la constitución material esta norma es incumplida normalmente.

La publicidad de las sesiones

19. — Ninguna norma constitucional impone con generalidad el principio de que las sesiones deben ser públicas. Hay solamente algunas normas especiales que la prescriben, como el art. 59 para el juicio político en el senado, el art. 99 inc. 4º para el acuerdo del senado en el nombramiento de jueces de tribunales federales inferiores y, según

nuestra interpretación, también el art. 83 para la insistencia de las cámaras en proyectos vetados por el poder ejecutivo.

Los *reglamentos* de ambas cámaras sí prevén la publicidad de las sesiones.

Se trata de un requisito elemental del principio republicano de *publicidad de todos los actos de gobierno,* por lo que no vacilamos en sostener que las sesiones secretas son inconstitucionales, salvo en casos excepcionalísimos de secretos de estado que realmente son tales objetivamente.

El quorum

20. — *Quorum* significa el número de miembros que se necesita para que un órgano colegiado pueda constituirse, funcionar y adoptar decisiones.

Cuando el número de miembros que compone un órgano colegiado es elevado, resulta difícil la asistencia de todos; de ahí que se arbitre un quorum para que, con número suficiente, pero inferior a la totalidad, el órgano pueda ejercer su función.

Nuestra constitución contiene una disposición general y básica sobre quorum, sin perjuicio de excepciones que ella misma introduce en casos particulares; el art. 64 dice que *ninguna de las cámaras entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros.*

Mayoría absoluta no es, como vulgarmente se sostiene, la "mitad más uno", *sino "más de la mitad" de los miembros,* que es cosa distinta, porque si —por ej.— suponemos 187 legisladores, más de la mitad son 94, mientras la mitad más uno son 95.

El derecho de la minoría

21. — La imposibilidad de sesionar sin quorum parece dejar librado a la voluntad de los legisladores el funcionamiento de las cámaras, porque si no asisten en número suficiente para formar quorum, la cámara no puede sesionar. La constitución no ha ignorado esa hipótesis, y por eso el mismo art. 64 añade que *un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada cámara establecerá.*

No cabe duda de que *la cámara puede compeler.* Lo que no está claro es quién establece las formas de compulsión y las penas: ¿puede hacerlo la minoría en cada caso?, o ¿la cámara (con quorum) ha de haber previsto anticipadamente con carácter general las medidas compulsivas que podrá usar la minoría?

Se dirá que la alternativa se disipa porque el art. 64 consigna que la minoría podrá compeler "en los términos y bajo las penas que *cada cámara* establecerá". "Cámara" no es la minoría de la cámara, sino la cámara con quorum.

No obstante, para que la norma no llegue a quedar bloqueada por imprevisión de cada cámara, nos inclinamos por la posibilidad de que la *minoría por sí misma* (que para esta situación vendría a ser "cámara en minoría") disponga los términos y las penas de compulsión, a menos que la misma cámara (con quorum) o su reglamento ya tuviera establecida la norma general pertinente, en cuyo caso la minoría no podría apartarse de esa norma para reemplazarla por otra ocasional.

Casos varios respecto del quorum

22. — Se dispersa en el articulado de la constitución una serie de normas sobre el quorum. A la general del art. 64 sobre el que es necesario para que cada cámara se constituya en sesión, hay que añadir situaciones diversas. Así:

a) a veces, si se prescribe para "decidir" un quorum de votos sobre los miembros *presentes,* este quorum de votos se cuenta y extrae sobre los miembros que en el caso hacen falta para que la cámara "sesione";

b) otras veces, si se establece para "decidir" un número de votos sobre el *total* de miembros que implica quorum *agravado* (o sea, que no basta la mayoría de más de la mitad), es menester que el quorum de asistencia también sea mayor que el normal a fin de que se pueda alcanzar el quorum de votos requerido;

c) como principio, entendemos que cuando una norma que exige un quorum de votos para "decidir" *no* dice expresamente que se trata de los miembros "presentes", aquel quorum de votos debe computarse sobre el *total* de los que componen la cámara.

El quorum especial en la reforma de 1994

23. — Diversas normas han especificado en el nuevo texto un quorum especial o agravado para las decisiones propias de las cámaras del congreso, tanto relativas a competencias privativas como a las comunes a ambas.

Así:

a) El art. 39 prevé que la ley reglamentaria del derecho de iniciativa popular legislativa (pero no cada proyecto que en ejercicio del mismo se presenta) habrá de sancionarse con el voto de la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

b) El art. 40 fija *igual quorum* de votos favorables para la sanción de la ley

reglamentaria de la consulta popular (pero no para cada ley por la que se somete un proyecto a consulta popular);

c) El art. 75 inc. 2º párrafo cuarto consigna que la ley-convenio en materia impositiva necesita aprobarse con la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

d) El art. 75 inc. 3º prescribe *igual quorum* de votos favorables para establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables;

e) El art. 75 inc. 22 se diversifica así: e') para denunciar uno o más instrumentos internacionales de los que taxativamente enumera como investidos de jerarquía constitucional, hace falta que con anterioridad a la denuncia que le compete al poder ejecutivo el congreso la apruebe con *dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara;* e") *igual quorum* de votos favorables se necesita para que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (fuera de los que directamente han recibido jerarquía constitucional) gocen en el futuro del mismo rango de la constitución (debe recordarse que para esta hipótesis el inc. 22 también agrava el procedimiento, porque es menester que primero el tratado sea aprobado, y luego se le otorgue jerarquía constitucional — a menos que, según interpretamos, ya la aprobación alcance el quorum exigido para obtener esa jerarquía—);

f) El art. 74 inc. 24 se diversifica así: f ') los tratados de integración supraestatal con estados de Latinoamérica han de aprobarse con el voto de la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;* f ") cuando tales tratados se celebren con otros estados no latinoamericanos, el mecanismo se desdobla: primero la declaración de conveniencia ha de aprobarse por la *mayoría absoluta de los miembros presentes en cada cámara,* y después de transcurridos ciento veinte días de ese acto declarativo el tratado tiene que ser aprobado por la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;* f '") la denuncia de cualquier tratado de integración —que está a cargo del poder ejecutivo— requiere la aprobación previa por *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

g) Al haberse incorporado por ley 24.430 como segundo párrafo del art. 77 el que fue artículo "perdido" 68 bis, hay que añadir que las leyes modificatorias del régimen electoral y de partidos políticos deben aprobarse por *mayoría absoluta del total de miembros de las cámaras;*

h) El art. 79 establece que: h') después de aprobarse un proyecto en general en el congreso, cada cámara puede delegar (debe decirse: imputar) en sus comisiones la aprobación en particular de ese proyecto, con el voto de la *mayoría absoluta del total de sus miembros;* h") con *igual quorum* cada cámara puede dejar sin efecto esa delegación ; h'") con *igual quorum* cada comisión aprueba el proyecto encomendado por la cámara de su pertenencia.

i) El art. 81 prevé hipótesis de quorum de votos en el proceso común de sanción de las leyes que en su trámite han tenido adiciones o correcciones; las mayorías allí fijadas son: i') *mayoría absoluta* de los presentes, o i") *dos terceras*

partes de los presentes, según las hipótesis que el artículo regula;

j) El art. 85 consigna que la ley reglamentaria de la Auditoría General de la Nación tiene que ser aprobada por la *mayoría absoluta de los miembros de cada cámara;*

k) El art. 86 prescribe que la designación y remoción del Defensor del Pueblo a cargo del congreso ha de efectuarse con el voto de *dos terceras partes de los miembros presentes de cada cámara;*

l) El art. 99 inc. 3º párrafo cuarto, al regular el trámite a que quedan sujetos los decretos de necesidad y urgencia dictados por el poder ejecutivo, establece que la intervención final del congreso será reglamentada en su trámite y en sus alcances por una ley que precisa ser aprobada con el voto de la *mayoría absoluta sobre la totalidad de miembros de cada cámara;*

m) El art. 99 inc. 4º prevé que el acuerdo del senado para la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia debe prestarse con el voto de *dos tercios de miembros presentes* de la citada cámara;

n) El art. 101 contempla dos situaciones respecto del jefe de gabinete de ministros: n') para ser interpelado a los fines de una moción de censura hace falta el voto de la *mayoría absoluta sobre la totalidad de miembros de cualquiera de las dos cámaras del congreso;* n") para ser removido es menester el voto de la *mayoría absoluta de miembros de cada una de las cámaras;*

o) El art. 114 dispone que la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura tiene que sancionarse con la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

p) En la misma ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura —y, por ende, con *igual quorum* de votos— se determinará la integración y el procedimiento del jurado de enjuiciamiento para la remoción de los jueces federales de instancias inferiores a la Corte Suprema.

Las comisiones del congreso

24. — La constitución formal no ha previsto con carácter general las *comisiones legislativas* de asesoramiento de las cámaras (que no deben confundirse con las comisiones "permanentes" para el *receso* del congreso, ni con las comisiones "investigadoras") (ver nº 11).

Excepcionalmente, la *reforma de 1994* ha incorporado la *Comisión Bicameral Permanente* para seguimiento y control de los decretos de necesidad y urgencia que dicta el poder ejecutivo, para los decretos dictados por delegación legislativa,y para la promulgación parcial de leyes vetadas parcialmente (art. 99 inc. 3º, y art. 100, incs. 12 y 13).

Numerosas comisiones permanentes para diversas materias

existen en virtud del *reglamento* de cada cámara; hay otras especiales y transitorias, y algunas bicamerales creadas por *ley* para asuntos determinados.

25. — Asimismo, la *reforma de 1994* ha previsto que la aprobación en particular de un proyecto de ley puede ser autorizada por cada cámara a favor de una o más comisiones (art. 79), por lo que la falta de una norma general específica sobre las comisiones legislativas parece subsanarse implícitamente con esta habilitación.

Ver cap. XXXV, nºs. 23 a 26.

26. — Otro mecanismo existente en el derecho constitucional material —pero no en el formal— que refleja la composición partidista de las cámaras, es la constitución de *bloques* de legisladores que pertenecen a un mismo partido o a partidos afines, y que actúan como verdaderos frentes políticos dentro de las cámaras, dando lugar tanto a alianzas como a antagonismos.

IV. LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

Su significado

27. — Tal vez el punto neurálgico del derecho parlamentario sea el de los llamados *"privilegios" parlamentarios*. Estos privilegios —que son una constante en el derecho constitucional del poder comparado— se reputan establecidos *en interés del parlamento* o congreso como órgano, y se alega que tienen como finalidad asegurar la independencia, el funcionamiento y la jerarquía del mismo. Por eso se los llama también *inmunidades*, en cuanto preservan al órgano.

Aunque la terminología "privilegios" o "inmunidades" tiene curso tradicional en el lenguaje constitucional del derecho parlamentario, creemos más correcto el sustituto de *"garantías* de funcionamiento". Son *garantías* que se otorgan a un órgano de poder, tanto si tales garantías cubren al "órgano-institución" como si protegen a los "órganos-individuo", porque en ambos casos tienden a resguardar al congreso y a sus cámaras, que actúan a través de las personas que son sus miembros. "Garantías de funcionamiento" son, entonces, *tutelas funcionales*.

28. — Si están dadas para el buen funcionamiento del órgano y no para privilegio o beneficio personal de quienes lo forman, parece que debe interpretárselas en el sentido de que *no pueden ser declinadas o renunciadas*.

Así, un legislador no podría aceptar someterse a juicio por sus expresiones cuando éstas estuvieran amparadas por la inmunidad del art. 68, ni admitir su procesamiento penal sin el previo desafuero del art. 70, etcétera.

29. — Nuestra Corte Suprema, en el antiguo caso "Alem" —del año 1893— sostuvo que la constitución no ha buscado garantizar a los miembros del congreso con una inmunidad que tenga objetivos personales, ni por razones del individuo mismo a quien se hace inmune; son altos fines políticos —agregaba— los que se ha propuesto, y si ha considerado esencial esa inmunidad es precisamente para asegurar no sólo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la constitución.

Su clasificación

30. — Los privilegios parlamentarios suelen dividirse en dos grandes grupos: *colectivos* y *personales;* los primeros atañen al cuerpo o cámara *en conjunto* y como "órgano-institución" para facilitar el ejercicio de su función; los segundos se refieren a la *situación o actuación individual* de cada hombre que es *miembro* del cuerpo o cámara, pero no en protección a su persona, sino a la *función* que comparte integrándolo, para tutelar su libertad, su decoro y su independencia.

Cuando proponemos cambiar el nombre de "privilegios" e "inmunidades" por el de *garantías de funcionamiento* del congreso, comprendemos que tanto los que se consideran "colectivos" como los "personales" comparten una igual naturaleza de resguardo al órgano ("institución" e "individuo"), a su función, a su dinámica, a su independencia.

31. — Entre los privilegios *colectivos* se incluyen: a) el juzgamiento por cada cámara de la validez de "elección-derecho-título" de sus miembros; b) la competencia de cada cámara para hacer su reglamento; c) el poder disciplinario de cada cámara sobre sus propios miembros, y aun sobre terceros extraños; d) el derecho de cada cámara de hacer comparecer a su sala a los ministros del poder ejecutivo; e) se incluye también como privilegio el *aceptar las renuncias* que voluntariamente hacen de sus cargos los legisladores.

32. — Entre los privilegios *personales* se cita: a) la inmunidad de opinión y expresión; b) la inmunidad de arresto; c) el desafuero; d) la dieta.

Para nosotros, el *desafuero* es a la vez un privilegio "personal" y un privilegio "colectivo"; lo primero, porque protege al legislador; lo segundo, porque implica para la cámara la disponibilidad de poner o no a sus miembros a la orden de un juez.

La *dieta* o remuneración *no* es, a nuestro juicio, un privilegio, porque al no tener garantía de irreductibilidad (como la tienen —por ej.— las retribuciones de los jueces en el art. 110) nos parece que sólo reviste el carácter de una compensación por el servicio, sin naturaleza de garantía funcional, como mero salario. (Ver cap. XXXI, nº 30).

A) El juicio de las elecciones

33. — Remitimos a los nºs. 4 a 6.

B) El reglamento de cada cámara

34. — La facultad de dictar el propio reglamento concede a cada cámara la competencia de establecer su estatuto interno, por supuesto que sin exceder ni alterar las normas de la constitución.

C) El poder disciplinario

35. — Las cámaras disponen de poder disciplinario para *corregir, remover y expulsar* a sus miembros. El art. 66 dispone que cada cámara podrá, con dos tercios de votos, *corregir* a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o *removerlo* por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, o hasta *excluirle* de su seno.

a) La *corrección* cabe por cualquier hecho que altere o perturbe el trabajo parlamentario de la cámara; (por ej.: incurrir en insultos, agravios, interrupciones reiteradas, etc. La sanción puede ser un llamamiento al orden, un pedido de que retire las expresiones ofensivas o las aclare, la privación del uso de la palabra, una multa, etcétera.

b) La *remoción* está prevista por causa de inhabilidad física o moral, posterior a su incorporación. (Entendemos que si la causa es anterior, pero la cámara la conoce después, la norma puede funcionar igualmente.) Si bien el privilegio de la cámara se incluye entre sus facultades disciplinarias, cabe anotar que la medida —aunque como disciplinaria tiende a preservar el buen funcionamiento del cuerpo— puede carecer del carácter de sanción; por ej.: si se remueve a un legislador que ha sufrido una parálisis con privación de sus facultades mentales que le imposibilita renunciar.

e) La *exclusión* no lleva asignación expresa de causa en el art. 66. Mientras

la remoción requiere inhabilidad, la exclusión queda librada a la discreción de la cámara, pero siempre, como todo ejercicio de competencias por los órganos del poder, en forma razonable y no arbitraria.

Cualesquiera de las hipótesis de sanción disciplinaria parecen exigir que se resguarden el *debido proceso* y la *defensa,* para asegurar la *razonabilidad* de la medida.

Pensamos que la remoción y la expulsión tienen carácter *definitivo,* o sea que el legislador removido o expulsado deja de ser tal y pierde su banca; ello no sólo por la índole de la medida, sino porque es menester proveer a la cobertura de la vacante, ya que las cámaras deben contar con la totalidad de sus miembros en forma permanente.

El poder disciplinario frente a terceros extraños a la cámara

36. — El art. 66 no incluye el poder disciplinario *frente a terceros* extraños a la cámara. Se lo ha interpretado como privilegio *implícito,* consistente en castigar a los que sin ser legisladores cometen actos que implican una ofensa al parlamento, o a alguno de sus miembros en su carácter de tales.

En nuestro derecho constitucional del poder, donde la constitución no asigna al congreso, ni a sus cámaras separadamente, la facultad de sancionar hechos lesivos cometidos en su contra por *personas extrañas* al cuerpo, es habitual distinguir dos hipótesis: a) comisión de hechos que conforme al código penal configuran algún *delito;* b) comisión de hechos que *no son delitos* del código penal, pero que significan *ofensa.*

En el caso de delito se puede adoptar estas soluciones: 1º) sólo los jueces pueden aplicar pena, y nunca el propio congreso; 2º) el congreso puede sancionar por sí mismo, con independencia del juicio penal ordinario, y también cuando en éste recaiga condena de acuerdo con el código penal. (En caso de comisión de hechos ofensivos que no se tipifican como delitos del código penal, la doctrina suele aceptar la amplia competencia disciplinaria del congreso.)

37. — Nosotros *desconocemos totalmente* cualquier poder disciplinario del congreso para imponer penas o sanciones a terceros, haya o no haya delito del código penal, haya o no haya juzgamiento del hecho por el poder judicial, haya o no haya condena dispuesta por el mismo.

Sólo admitimos dos cosas: a) un *poder disciplinario,* limitado

exclusivamente al mantenimiento del *orden de las sesiones* —por ej.: expulsando de la barra a quien lo altere o incurra en ofensa al cuerpo o a un legislador; impidiendo su posterior acceso, etc.—; b) un poder para *aplicar sanciones* cuando existe una *ley previa* que tipifica el acto y concede al congreso la facultad represiva, siempre que el hecho no sea a la vez delito del código penal, en cuyo caso ni aun con la ley previa puede el congreso ejercer represión (la que sólo es privativa del poder judicial).

El derecho judicial en materia de poder disciplinario

38. — a) Nuestra Corte Suprema, al fallar en 1877 el caso "Lino de la Torre", reconoció a las cámaras la facultad de reprimir hechos ofensivos que *no* están tipificados como delitos en el código penal.

b) En cuanto a la facultad para castigar hechos que implican *delitos penales* cometidos en agravio del congreso, la misma Corte en el caso "Eliseo Acevedo", del años 1885, interpretó que al calificar la ley el hecho como desacato y designar la pena con que debe ser castigado, entendió sin duda ninguna someterlo a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, como todos los demás delitos que ella comprende. "Siendo esto así, es evidente que una sola de las cámaras no puede reasumir por acto exclusivamente suyo, una facultad que quedó conferida al poder judicial en virtud de una sanción legislativa a que concurrieron, como a la formación de todas las leyes, las dos ramas del congreso y el poder ejecutivo."

c) En un fallo mucho más reciente recaído en el caso "Peláez Víctor", del 15 de octubre de 1995, la Corte hizo lugar a un habeas corpus y consideró justiciable el arresto que había dispuesto el senado contra quien había efectuado una publicación periodística que la cámara reputó ofensiva para sus miembros. La Corte sentó doctrina que compartimos, conforme a la cual el poder disciplinario contra terceros sólo procede cuando se entorpece u obstaculiza el cumplimiento de las funciones de la cámara.

Similar criterio adoptó la Corte en el fallo del 11 de julio de 1996 en el habeas corpus promovido en favor de Guillermo J. Cherashny (caso "Soaje Pinto José María").

39. — Si el hecho ofensivo para el congreso constituye *delito* del código penal, y ha sido cometido por medio de la *prensa,* la jurisdicción corresponde a los *tribunales federales.* Si tal fue la jurisprudencia excepcional en el caso Calvete —en una época en que la Corte sostenía la incompetencia de la justicia federal cuando se trataba de delitos cometidos por medio de la prensa (y en virtud de una particular interpretación del art. 32 constitucional)—, parece no quedar

duda después de la jurisprudencia sentada en 1932 en el caso "Ministerio Fiscal de la Provincia de Santa Fe c/Diario La Provincia", y en 1970 en el caso "Batalla Eduardo J.".

D) La inmunidad de expresión

40. — Reputándose al congreso un órgano eminentemente *deliberativo,* la libertad de *expresión* de sus miembros ha sido considerada como imprescindible para el desempeño del cargo. Al privilegio consiguiente se lo conoce con el título de "inmunidad" de opinión, y mediante él, a tenor del art. 68 de la constitución, ninguno de los miembros del congreso puede ser *acusado, interrogado judicialmente ni molestado* por las opiniones o los discursos que emita *desempeñando su mandato de legislador.*

En doctrina penal, hay quienes consideran que la norma del art. 68 consagra no una "inmunidad" sino una *indemnidad.* Las indemnidades "funcionales" son exclusiones de la ley penal, mediante las cuales una persona queda eximida de responsabilidad penal.

La *indemnidad* del caso protege opiniones y discursos (incluyendo otras manifestaciones simbólicas y actitudes) emitidos "en el desempeño del cargo". Quiere decir que, *en el tiempo,* esas opiniones y esos discursos tienen que emitirse desde que el legislador se incorpora a la cámara hasta que concluye su mandato. Pero emitidos en tal lapso, quedan cubiertos todavía *después del cese* en el cargo, o sea que lo expresado en el desempeño del mismo goza de indemnidad *vitalicia.*

Discursos y opiniones significan toda expresión oral o escrita vertida en el desempeño del cargo, con ocasión del mismo y en cumplimiento de su función, aunque no sea en el recinto de sesiones —también, por ej.: en el seno de las comisiones, en despachos escritos, en investigaciones parlamentarias, o por la reproducción en la prensa de opiniones vertidas en el congreso—, pero siempre con suficiente *conexidad funcional* con el cargo de legislador.

Por esos discursos y opiniones no cabe: acusación, interrogatorio judicial, ni molestia. O sea, no cabe: a) *proceso judicial ni administrativo* (pero sí el ejercicio de la facultad disciplinaria de la propia cámara para corregir por desorden de conducta —por ej.: excesos verbales, injurias, expresiones indecorosas—); ni b) citación para comparecer en juicio (ni como parte, ni como testigo); ni c) situación que origine molestia al legislador.

41. — El no ser "molestado" implica que tampoco el propio partido del legis-

lador puede incomodarlo por opiniones protegidas en el privilegio, y por ende el partido no puede aplicarle sanciones.

42. — La indemnidad del art. 68 no alcanza a excluir de la responsabilidad penal a los actos del legislador que puedan quedar atrapados directamente por la incriminación constitucional del art. 29.

El derecho judicial en materia de inmunidad de expresión

43. — La Corte Suprema manifestó, en el caso "Fiscal c/Benjamín Calvete", del 19 de setiembre de 1864, que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, él se emplearía con frecuencia por los que intentaren coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio y frustrada la constitución en una de sus más sustanciales disposiciones.

En 1960, al fallar el caso "Mario Martínez Casas", la propia Corte reiteró y especificó su doctrina, que creemos puede resumirse en las siguientes afirmaciones: a) la inmunidad del art. 68 (al tiempo del fallo era art. 60), destinada a garantizar la independencia funcional de las cámaras legislativas, integra en nuestro régimen el sistema representativo republicano; b) el carácter absoluto de la inmunidad es requisito inherente a su concreta eficacia; c) pero los posibles abusos deben ser reprimidos por los mismos legisladores sin afectar la esencia del privilegio.

Con posterioridad, otros fallos han aclarado que el art. 68 no sólo consagra la inmunidad de sanción, sino la *inmunidad de proceso;* así, por ej.. al fallar el caso "Savino Horacio", el 24 de febrero de 1965, la Corte sostuvo que las inmunidades de los arts. 69 y 70 no impiden la formación y progreso de las causas judiciales fundadas en razones distintas de las contempladas en el art. 68, lo que, a contrario sensu, significa que en la hipótesis de la inmunidad de opinión *no* es viable la formación y el progreso de la causa.

Interesa también destacar que en el caso "Varela Cid" de 1992 —provocado por una contienda de competencia entre un juzgado federal de la capital y la cámara nacional de apelaciones en lo criminal y correccional— la Corte dirimió el conflicto competencial de la siguiente manera: a) por las conductas expresivas *durante el desempeño* del cargo legislativo *no cabe enjuiciamiento;* b) por las opiniones vertidas *con anterioridad,* la competencia incumbe a la justicia nacional de primera instancia en lo correccional de la capital.

Nuestra posición valorativa

44. — La aplicación que la jurisprudencia de la Corte ha hecho del art. 68 es exacta, presupuesta la vigencia de la norma constitucional. En cambio, *dikelógicamente* dicha norma es criticable, porque la impunidad total y absoluta con la que un legislador en ejercicio de su mandato puede injuriar, calumniar ofender, etc., no parece éticamente sostenible, sino una irritante lesión de la igual-

dad; una banca legislativa no puede proporcionar vía libre para delinquir. La supuesta indemnidad que excluye la responsabilidad penal tampoco es necesaria para garantizar el funcionamiento del congreso.

A efectos de atenuar la extensión y magnitud del privilegio, creemos útil, mientras la norma permanezca vigente, interpretarla restrictivamente (como que es un principio de buena hermenéutica interpretar todo privilegio en forma estricta). Así: a) la inmunidad no alcanza a opiniones vertidas con prescindencia del desempeño concreto del cargo; b) la inmunidad no ampara el otorgamiento de facultades extraordinarias incriminado por la propia constitución en el art. 29; c) la inmunidad no impide que el legislador tenga que declarar en causa —penal o civil— de terceros, siempre que su deposición no verse sobre hechos relacionados con opiniones propias cubiertas por el privilegio parlamentario.

45. — Cabe también preguntarse —con Néstor Pedro Sagüés— si el derecho a la *honra* y la *dignidad* que reconoce y tutela el *Pacto de San José de Costa Rica,* que tiene la misma jerarquía que la constitución, no viene a resultar incompatible con el art. 68, y si al serlo no habilita al particular perjudicado por la libertad de expresión de un legislador al que dicho artículo hace penalmente indemne, para tener acceso a la jurisdicción supraestatal que el Pacto prevé para acusar la violación a su honor y reputación.

Sugerimos responder afirmativamente, ya que el art. 68 y las normas internacionales del mismo rango de la constitución han de interpretarse buscando su compatibilización armónica, a más de revestir dichas normas internacionales el carácter de *complementariedad* respecto de las de la constitución (aun cuando el art. 68 no figura entre los de la primera parte a los que alude el art. 75 inc. 22 cuando asigna a los tratados esa función "complementaria").

E) La inmunidad de arresto

46. — Para otros hechos *distintos de la expresión,* los arts. 69 y 70, aun consagrando privilegios, *admiten la procedencia de causa judicial.*

El art. 69 dice que ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser *arrestado,* excepto el caso de ser sorprendido "in fraganti" en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva, de lo que se dará cuenta a la cámara respectiva con la información sumaria del hecho.

La norma extiende el privilegio, *en el tiempo,* desde la elección (y no desde la incorporación, como interpretamos implícitamente

para el art. 68) hasta el cese. Concluido el período de mandato, el privilegio *termina*.

Se trata de inmunidad de detención o privación de la libertad corporal. El artículo abarca dos supuestos: a) uno, que es el genérico, y se refiere a la *imposibilidad de detención;* b) otro, que es su excepción, y que prevé la *única* hipótesis en que la *detención es posible.*

La inmunidad de arresto es solamente eso: exención de privación de la libertad corporal; *no es, por ende, "inmunidad de proceso".* Bien que no puede privarse de la libertad a un legislador —salvo la hipótesis de excepción de sorprendérselo en la comisión "in fraganti" de delito—, puede iniciarse contra él la causa penal y tramitarse mientras no se afecte su libertad corporal ni se dispongan medidas de coerción personal.

47. — El art. 69, al enfocar la posibilidad excepcional del arresto, habla de "crimen". Debe sorprenderse al legislador en la ejecución "in fraganti" de un *crimen* que merezca pena *de muerte, infamante, u otra aflictiva.*

El uso de la palabra "crimen" no debe preocuparnos demasiado, ni llevarnos necesariamente a la tripartición de las infracciones en "crímenes", "delitos" y "contravenciones" (o faltas). Si nuestro derecho penal actual no recepciona la dicotomía de "crimen" y "delito", debemos omitir las interpretaciones gramaticales o literales, y más bien entender que donde el constituyente escribió "crimen" debe leerse simplemente "delito". En cambio, al correlacionar el vocablo "crimen" con las penas que enumera la norma (de muerte, infamante, o aflictiva) es fácil comprender que el autor de la constitución apuntó con esas expresiones a incriminaciones de *gravedad,* cualquiera sea su nombre en la legislación penal del momento.

48. — La expresión "in fraganti" admite tres interpretaciones; puede querer decir: a) solamente "en el instante" de cometer el delito, de forma que, pasado ese momento, la detención no procede; b) también en la "tentativa"; c) también "después de cometido" el delito si se descubre al legislador cuando huye o se oculta, o se lo sorprende con instrumentos, efectos o armas que permiten presumir la comisión del delito inmediatamente después de consumado.

Dado que nos inclinamos por una interpretación restrictiva de los privilegios parlamentarios, acogemos las interpretaciones amplias que favorecen la posibilidad del arresto, y por eso creemos que en cualquiera de las tres circunstancias antes referidas debe entenderse que se sorprende al legislador en la comisión "in fraganti" del delito, porque en todas ellas hay *evidencia* instantánea del mismo.

49. — Es realmente difícil trasladar la tripartición de "pena de muerte", "pena infamante", y "pena aflictiva", a las sanciones del derecho penal vigente. Por exclusión, parece bastante sencillo afirmar que en el derecho penal de hoy,

no son aflictivas las penas que *no* privan de la libertad corporal. Pero, ¿lo son todas las privativas de esa libertad? Como criterio orientador, y dentro de la complejidad de un tema opinable, es compartible la opinión de Sebastián Soler cuando sólo considera *aflictiva* a toda pena que excede los cinco años de privación de libertad.

¿Qué pasa después del arresto?

50. — Si admitimos que en el supuesto de delito "in fraganti" que se da por comprendido en la norma, es posible la detención del legislador, hay que preguntarse qué ocurre *después de la detención,* cuando se da cuenta de ella a la cámara.

Lo más verosímil es que la cámara, aplicando el art. 70, decida si mediante desafuero suspende o no al legislador detenido, y si lo pone o no a disposición del juez penal para su juzgamiento. Quiere decir, entonces, que la privación transitoria de libertad no puede prolongarse después que la cámara decide no desaforar al legislador arrestado.

Si antes del desafuero el juez de la causa no ha resuelto la libertad del mismo, ésta se debe producir con la resolución de la cámara que niega el desafuero, lo que no inhibe la prosecución del proceso penal en tanto no se adopten en él medidas de coerción personal.

F) El desafuero

51. — El art. 70 contempla el desafuero; la norma habilita un procedimiento de *allanamiento* del privilegio, para que el juez pueda plenamente actuar su competencia en el proceso penal.

Dice el artículo que cuando *se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado,* examinado el mérito del sumario en juicio público, *podrá cada cámara* con dos tercios de votos, *suspender* en sus funciones al acusado y *ponerlo a disposición del juez competente* para su juzgamiento.

No se trata de un privilegio de irresponsabilidad que implique una limitación personal del alcance de la ley penal, sino de un *antejuicio;* consiste, pues, en un *impedimento* que *posterga* ciertos actos en *el proceso penal* común hasta que se hayan producido otros actos: desafuero, destitución, etc. Y en nuestro régimen ni siquiera

dilata la iniciación del proceso, sino sólo la privación de la libertad o la condena.

El término "querella" no debe interpretarse en un sentido procesal estricto, lo que queda demostrado por emplear el mismo artículo, poco más adelante, el término sumario. La Corte tiene dicho que la verificación por la cámara del propósito de juzgar al legislador en caso penal se satisface igualmente con el sumario o con la acusación.

Sin necesidad de desafuero previo, el juez puede *incoar* la causa penal; ello surge con evidencia del artículo, que comienza presumiendo la "formación de querella", y prosigue refiriéndose al examen del sumario, y a la puesta a disposición del acusado ante juez competente.

La cámara examina el sumario, incluso desde el punto de vista de la conveniencia política; si no se dispone el desafuero, el juez no puede dictar sentencia. En esta competencia, la cámara ha de actuar con ética, y no con prejuicios partidistas, tanto si concede como si niega el desafuero.

52. — Una vez que la cámara ha dispuesto el desafuero de un legislador, el privilegio queda *allanado* solamente para la causa penal que da origen a la medida, y no es posible que en virtud de ese desafuero se sustancien "otros" procesos judiciales por hechos distintos. Toda otra causa penal necesita que la cámara tome conocimiento e información para que resuelva si, respecto a cada una, procede o no desaforar. De no ser así, resultaría que dispuesto el desafuero por un hecho y para un proceso, ese desafuero se volvería "general", sin que se le diera a la cámara la oportunidad de decidir si pone o no al legislador a disposición del juez que entiende en otro proceso.

53. — Sin embargo, la Corte Suprema decidió lo contrario en el caso "Balbín Ricardo", con fecha 26 de junio de 1950, estimando que la suspensión del acusado despoja al legislador de sus inmunidades, y, por ende, durante todo el tiempo de la suspensión y hasta la reincorporación a la cámara, sus actos se rigen por el principio de la igualdad de todos los habitantes ante la ley.

54. — El art. 70 enfoca dos facultades de ejercicio *optativo* —y no obligatorio— por la cámara; dice que ésta *podrá:* a) "suspender" al acusado, y b) "ponerlo a disposición" del juez.

Cuando resuelve desaforar, cabe suponer que no necesariamente tiene que hacer ambas cosas; podría poner al acusado a disposición del juez *sin suspenderlo* (a menos que, ordenada la privación de libertad, la detención del legislador le impidiera desempeñarse como tal).

Asimismo, resulta dudoso que la cámara, al disponer el desafuero, lo

"temporalice" mediante un *plazo* determinado. A la opinión que lo considera inconstitucional podría oponerse otra, conforme a la cual pareciera que si la cámara tiene opción para conceder el desafuero o para denegarlo, también al concederlo está en condiciones de establecer su término de duración.

Delito anterior a la elección

55. — Si al tiempo de la elección de un legislador ya está en curso un *proceso penal* por un presunto delito cometido *antes*, la cámara no debería incorporarlo porque ella, como juez de la elección (art. 64), habría de estimar que no reúne la condición de "idoneidad" del art. 16.

Si, además, el legislador ya estuviera *privado de su libertad*, la solución sería la misma.

En cambio, si por un *delito anterior* a la elección el legislador recién es sometido a proceso penal *después*, debe aplicarse la inmunidad de arresto y el mecanismo del desafuero.

El desafuero y el juicio político

56. — El desafuero se asemeja en algo al juicio político, pero en tanto el juicio político implica un "antejuicio" que mientras no concluye en destitución impide "promover" el proceso penal y significa inmunidad de proceso, el desafuero no obsta a la iniciación y sustanciación el juicio penal sino sólo a que en él se prive de la libertad al imputado.

El derecho judicial en materia de desafuero

57. — La jurisprudencia de la Corte, a través de numerosos fallos, ha puntualizado el alcance de este privilegio, que sintetizamos en las siguientes afirmaciones: a) el juez *puede formar el sumario* y averiguar la verdad del hecho sin previo desafuero, pero *no puede arrestar* al acusado hasta que la cámara de la que es parte allane el privilegio (caso "Procurador Fiscal c/Nicasio Oroño", de 1873); b) los arts. 69 y 70 *no se oponen a la iniciación* de acciones criminales contra un legislador (que no tuvieran origen en sus opiniones como tal), ni a que se adelanten los procedimientos del juicio mientras no se afecte su libertad personal por orden de arresto o prisión (caso "Héctor Conte Grand c/Marcelo Zunino", de 1939); c) en el caso "C. R." del 4 de noviembre de 1986, la Corte confirmó su anterior jurisprudencia en el sentido de que la inmunidad parlamentaria no impide instruir sumario criminal para investigar la conducta de los legisladores (excepto en el caso del art. 68) en tanto no se afecte la libertad personal de los mismos por orden de arresto o prisión, provisional o definitiva, y no hizo lugar al argumento de invalidez de un auto de procesamiento dictado mientras el legislador recurrente se hallaba en el exterior, porque la audiencia fijada para recibirle declaración indagatoria tenía fecha establecida para después de su cese en el cargo de diputado.

Nuestra posición valorativa

58. — Si el art. 68 nos mereció crítica, los arts. 69 y 70, que responden en lineamientos generales a una institución común del derecho constitucional comparado, también permiten un enjuiciamiento. No hallamos razón suficiente para que, si cada cámara puede corregir, remover o expulsar a un legislador por hechos tal vez menos graves que un delito, el poder judicial —que se supone independiente e imparcial, encargado de la administración de justicia— no pueda condenar por delito sin previo desafuero parlamentario; supeditar la finalización de la causa judicial mediante sentencia, al "permiso" de la cámara a que pertenece el legislador procesado, es menoscabar la administración de justicia. De ahí que si bien la jurisprudencia también nos parece en este caso ajustada a lo que prescriben los arts. 69 y 70, ambas normas constitucionales no satisfagan nuestro sentimiento de justicia.

Los privilegios en sede judicial

59. — Si el congreso ha merecido de la constitución toda una serie de garantías para su funcionamiento normal e independiente, el poder judicial también merece igual protección al decoro y a la libre administración de justicia; de ahí que las leyes le hayan acordado competencia para corregir los hechos que dañan su investidura o traban el desarrollo de su función. Parece indudable, entonces, que cualquier legislador queda equiparado a los particulares y a los profesionales cuando actúa en juicio, y sometido, por ende, a la facultad disciplinaria del juez o tribunal de la causa.

Al fallar en 1912 el caso "Manuel Gascón (h)", en el que un senador provincial, actuando como letrado defensor de un reo sufrió una medida disciplinaria de arresto impuesta por un tribunal judicial, la Corte Suprema admitió con extensos fundamentos y exacto criterio la validez de la sanción, entre otras razones por la necesidad de no quebrantar la igualdad de condiciones de todos los litigantes, sus apoderados y defensores en juicio.

Los privilegios durante el estado de sitio

60. — Los privilegios parlamentarios, aun los individuales, por estar acordados por la constitución a favor del congreso como órgano del poder independiente y autónomo, no quedan suspendidos durante el estado de sitio. Así lo declaró la Corte Suprema en el caso "Alem" de 1893, en el que dijo que si el estado de sitio ha sido previsto para garantir la existencia de las autoridades creadas por la constitución, resultaría incongruente que el mismo art. 23 autorizara al presidente de la república para destruir los poderes legislativo y judicial por medio del arresto o traslado de sus miembros.

Los privilegios que las constituciones provinciales acuerdan a sus legisladores

61. — El constitucionalismo provincial también prevé inmunidades para los legisladores locales. Como por principio la constitución de una provincia se aplica en su jurisdicción territorial, dos cuestiones conexas aparecen de inmediato: a) dentro de esa jurisdicción local, ¿los privilegios de los miembros de la legislatura son oponibles a los jueces federales?; la Corte ha respondido afirmativamente; b) fuera de esa jurisdicción local la Corte ha dicho que no: los privilegios con que las constituciones provinciales invisten a los miembros de sus legislaturas no tienen la misma eficacia y alcance que los que otorga la constitución federal a los miembros del congreso. Por ende, no rigen fuera de la provincia.

Personalmente, también entendimos durante mucho tiempo que los privilegios de los legisladores provinciales no tenían extraterritorialidad. Desde hace algunos años, cambiando de opinión, sostenemos que aquellos privilegios *son oponibles en todo el territorio del país* ante la jurisdicción federal y la jurisdicción de otras provincias. El principio de lealtad federal y buena fe aporta una de las razones existentes para respaldar esta nueva propuesta.

62. — Por último, queda por resolver si los privilegios e inmunidades que las constituciones provinciales deparan a los legisladores locales, son extensibles a los miembros de los *concejos municipales*. Si la constitución provincial omite toda norma al respecto, creemos que los concejales carecen de dichos privilegios (aunque una ley local se los conceda). La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en su fallo del 25 de abril de 1967, en el caso "Laferrere Fernando c/De Souza Martínez Leopoldo", ha sostenido que los concejales municipales pueden ser querellados por manifestaciones emitidas en el ejercicio de sus funciones y que la disposición legal que les reconoce inmunidad de expresión excede la potestad legislativa y pugna con la constitución provincial.

G) La llamada "interpelación"

63. — a) El art. 71 dispone que cada una de las cámaras puede hacer venir a su sala a los *ministros* del poder ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime conveniente.

En nuestro derecho constitucional del poder, siempre se denominó *interpelación* a este llamado que efectúan las cámaras para hacer comparecer a los ministros.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71, ahora el art. 101 hace *obligatoria* la concurrencia del *jefe de gabinete de ministros* al menos una vez por mes, alternativamente, a cada una de las cámaras. La finalidad es informar sobre la *marcha del gobierno*.

Asimismo, el jefe de gabinete puede ser *interpelado* según la misma norma a efectos de tratar una *moción de censura,* y puede ser *removido,* todo ello con las mayorías previstas para el caso.

c) Finalmente, el art. 100 inc. 11 dispone que al *jefe de gabinete* le corresponde producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las cámaras solicite al poder ejecutivo.

64. — Después de la *reforma constitucional de 1994,* que ha mantenido el art. 71 y ha agregado el art. 101, hemos de diferenciar la interpelación a los ministros y la interpelación al jefe de gabinete.

Parece que para los *ministros,* la interpelación posee únicamente una finalidad *informativa,* que a nuestro criterio debe ser conducente para algo que le sea útil al congreso a efectos de ejercer una competencia suya, o de cumplir su función de control. Por ende, tiene que recaer sólo en cuestiones o materias que guarden conexidad funcional con una o más competencias del congreso o de sus cámaras.

En cambio, el *jefe de gabinete tiene responsabilidad política* ante el congreso en virtud del art. 100, de lo que inferimos que:

a) en su deber de informar a las cámaras en los términos del art. 101 sobre la marcha de gobierno, pueden aquéllas requerirle puntualmente cualquier informe referido a materias propias de cualquier ministro, o el panorama de conjunto, o la gestión personal del jefe de gabinete;

b) de esta información no cabe decir que limite su finalidad a un conocimiento de utilidad para el congreso, ya que además puede derivar a una *moción de censura* y hasta a la *remoción* del jefe de gabinete.

65. — La insatisfacción, desaprobación o disconformidad de las cámaras respecto de los informes que reciben de los ministros, o del poder ejecutivo a través del jefe de gabinete, solamente reviste el alcance de una expresión adversa, pero que *no resulta vinculante,* ni para el o los ministros, ni para el jefe de gabinete, ni para el poder ejecutivo. En cambio, puede repercutir e influir en la sociedad por medio de las opiniones públicas y de la información que proporcionan los medios de comunicación social.

La única excepción en cuanto al efecto que estamos analizando viene expuesta en el art. 101 cuando prevé la moción de censura y la remoción del jefe de gabinete; la *moción de censura* puede provenir

de una sola cámara, en cuyo caso no surte efecto destitutorio, y la *remoción* necesita el voto coincidente de cada cámara,o sea, de las dos.

66. — La interpelación, si bien se dirige personalmente a un ministro o al jefe de gabinete, recae en el poder ejecutivo, ya que los actos presidenciales llevan normalmente refrendo ministerial. Los ministros y el jefe de gabinete no pueden negarse a concurrir, ni su presencia puede suplirse con la remisión de un informe escrito. Las cámaras, por su parte, les deben en el trámite de la interpelación todas las garantías que exige el decoro de un funcionario dependiente exclusivamente del poder ejecutivo. Entendemos que el ministro y el jefe de gabinete interpelados gozan, en el seno de la cámara que los ha convocado, de todas las inmunidades propias de los legisladores.

67. — En cuanto al posible requerimiento de informes al *poder judicial*, creemos que excepcionalmente procedería si las cámaras los recabaran con un fin específico muy concreto, vinculado necesariamente a sus competencias; por ej., para legislar en materia procesal, o en temas de organización judiciaria y, acaso, también en cuestiones puntuales de legislación común; sin duda, cuando se moviliza un juicio político.

Las facultades de investigación de las cámaras y del congreso

68. — Es posible dividir la facultad investigadora en dos: a) la del "congreso" como cuerpo conjunto que reúne a ambas cámaras; b) la de "cada cámara" por separado. En ambos casos, lo más frecuente y fácil es que la investigación no la haga el pleno del congreso ni de cada cámara sino una "comisión" investigadora formada del seno de uno o de otra.

Si todo el congreso, o toda una cámara se constituyen en comisión investigadora, no hay problemas. Si se forma una comisión, corresponde decir que estamos ante una "imputación de funciones", que el pleno efectúa a favor de dicha comisión para que investigue; luego, la comisión deberá informar al congreso o a la cámara para que se expida.

En primer lugar, no es pacífico ni seguro que la facultad investigadora configura un "privilegio". Sin duda, es una *competencia*, que para muchos puede carecer de aquella naturaleza.

En segundo lugar, hay que buscar la base constitucional de la facultad de investigación. Si es que acaso la facultad investigadora se reputa "implícita", y si los "poderes implícitos" están reconocidos en el art. 75 inc. 32 al "congreso" (y no a cada cámara por separado), no parece posible decir que los poderes "implícitos" que la constitución atribuye al congreso puedan ser desglosados en un ejercicio separado y propio por cada cámara del mismo; si se acude a poderes

implícitos, mejor sería sostener que "cada cámara" posee, no los del art. 75 inc. 32 (que, son del "congreso"), sino los que ella precisa para ejercer sus competencias, aunque éstas acaso no le sean privativas, sino que pertenezcan al congreso.

Otra cosa parcialmente distinta es la facultad investigadora que se pone a cargo de una *comisión bicameral,* en cuyo caso decimos que, además de los poderes implícitos que el art. 75 inc. 32 otorga "para *legislar*", también los hay para todo otro fin que sea conducente al ejercicio de cualquiera otra competencia congresional (aunque carezca de naturaleza legislativa, y aunque no se traduzca en legislación).

No descartamos, pues, la facultad investigadora del congreso, pero pensamos que una supuesta creencia en la primacía del congreso no sirve de fundamento válido a dicha competencia.

Las pauta básicas

69. — Un agrupamiento de los principios que reputamos fundamentales podría sistematizarse así:

a) El ejercicio de la facultad de investigación *no* requiere la existencia previa de una *ley* reglamentaria que regule dicha facultad; pero la ley previa puede resultar imprescindible para cumplir determinados actos que se ejemplifican en el inc. e);

b) Se trata de una facultad emergente de los *poderes implícitos* (de cada cámara, si la investigación está a cargo de ella, o del congreso, si la cumple el cuerpo con sus dos cámaras);

c) La investigación así fundada debe: c') guardar *relación funcional de finalidad* con alguna competencia del congreso o de sus cámaras (en este último caso, la competencia de la cámara que investiga puede serle privativa, o concurrente con la otra); c") dicha competencia a la que implícitamente se adhiere la facultad investigadora no requiere necesariamente ser de naturaleza legislativa ni traducirse en la sanción de una ley; c"') la investigación debe desarrollarse de modo compatible con todas las *limitaciones* que la constitución impone a los órganos de poder, y con los *derechos y garantías* personales;

d) La investigación no puede: d') invadir la *zona de reserva* del poder ejecutivo y del poder judicial; d") violar la *privacidad* de las personas; d"') no existe una facultad de revelar públicamente informes obtenidos por el solo hecho de hacer revelaciones;

e) Las facultades de investigación y los medios escogidos para ejercerlas *no son anteriores ni superiores a la ley,* por manera que:

e') se precisa *ley reglamentaria* previa en los supuestos en que la constitución la exige para casos específicos (por ej.: para allanar domicilios, revisar y/o incautar correspondencia y papeles privados, etc.); e") a falta de ley, es indispensable obtener *orden judicial* de allanamiento y/u ocupación;

f) El ejercicio de las facultades de investigación está sujeto a *control judicial* de constitucionalidad cuando se alega por parte interesada que se ha incurrido en violación a la constitución;

g) Ni la cámara investigadora, ni el congreso, pueden aplicar *sanciones* a terceros ajenos a dichos cuerpos.

CAPÍTULO XXXIII

LA COMPETENCIA DEL CONGRESO FUERA DEL ARTICULO 75

I. LAS COMPETENCIAS DISPERSAS EN LA CONSTITUCIÓN. - La reforma de la constitución. - Los actos que deben cumplirse con participación y consentimiento provinciales. - *A) La sede de la capital federal. - B) Las nuevas provincias. - C) ¿La "fijación" de límites de las provincias. D) La coparticipación federal impositiva. - E) Otros casos.* - Las competencias suprimidas en la revisión constitucional de 1860. - Otras competencias. - II. LAS OBLIGACIONES DE OMISIÓN COMO LÍMITES A LA COMPETENCIA. - Las prohibiciones al congreso. - III. EL ARTÍCULO 85.

I. LAS COMPETENCIAS DISPERSAS EN LA CONSTITUCION

La reforma de la constitución

1. — En materia de reforma constitucional, bien que nuestra constitución es rígida y por eso la encomienda a una convención "ad-hoc", el congreso ejerce una competencia *"precedente"* en la primera etapa de la revisión. Al congreso le incumbe privativa y exclusivamente la *iniciativa* de la reforma, no en la confección del proyecto sino en la *declaración* de que la reforma *es necesaria.*

Remitimos al Tomo I, cap. VI, acápite II.

Aun cuando después de la reforma de 1994 se considere que la rigidez de la constitución se ha atenuado (ver Tomo I, cap. VI, nº 8), estamos ciertos de que toda enmienda formalmente tal —o sea, la que modifica, añade o suprime normas de la constitución— exige transitar el procedimiento del art. 30. Esto significa que no se puede evadir la intervención que le cabe al congreso para declarar que la reforma es necesaria y para puntualizar cuáles son los contenidos que se remiten a la competencia de la convención constituyente.

Por ende, sería inconstitucional evitar aquella intervención mediante subterfugios como éstos:

a) someter la necesidad de la reforma, y/o su contenido, a *consulta popular* por aplicación indebida del art. 40;

b) disponer que la reforma es necesaria mediante *decreto de necesidad y urgencia* por aplicación también indebida del art. 99 inc. 3º párrafo tercero.

Los actos que deben cumplirse con participación y consentimiento provinciales.

2. — Dada la estructura federal de nuestro régimen, el congreso cumple ciertos actos que son de su competencia, *con consentimiento o participación de las legislaturas provinciales.* Es decir que hace falta la concurrencia de un órgano *provincial* y de un órgano del gobierno *federal.*

Es interesante advertir que en la doctrina se ha elaborado la categoría de "facultades *compartidas*" entre estado federal y provincias para connotar aquéllas cuyo ejercicio requiere un acto integratorio de los dos órdenes gubernamentales.

A) La sede de la capital federal.

3. — En primer lugar, la *fijación o el establecimiento de la capital federal,* donde reside el gobierno federal, requiere que el congreso declare, mediante una ley especial, la ciudad capital, previa *cesión hecha por una o más legislaturas provinciales,* del territorio que haya de federalizarse (art. 3º).

La "previa" cesión debe entenderse en el sentido de que tal cesión debe ser anterior a la radicación de la capital federal, pero no significa que necesariamente la ley provincial de cesión tenga que dictarse antes que la ley del congreso que declara el lugar de emplazamiento de la capital.

Interpretamos que para reintegrar a una o más provincias el territorio de la capital federal —o sea, para "desfederalizarlo"— también hace falta (por analogía con la "federalización") el consentimiento provincial.

Se podría pensar que cuando una provincia (en 1880 la de Buenos Aires) cede un lugar para establecer en él la capital federal y luego ésta se traslada a otro, aquel lugar debe volver a la provincia de origen. Nosotros no compartimos ese criterio, y creemos que para que se produjera el reingreso automático al territorio provincial haría falta que la ley local de cesión consignara expresamente que para el caso eventual de un ulterior traslado de la capital a otro sitio, el lugar cedido y federalizado sería restituido a la provincia.

B) Las nuevas provincias

4. — El art. 13 determina que podrán admitirse *nuevas provincias,* pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, *sin el consentimiento de la legislatura de las provincias interesadas y del congreso.* Por su parte, cuando el inc. 15 del art. 75 otorga al congreso la competencia de fijar los límites de las provincias, se refiere también a la de "crear" otras nuevas.

Si nuestra federación puede definirse como unión indestructible de estados indestructibles, son viables las *adiciones* por incorporación de nuevas provincias, pero *no las sustracciones* por secesión, ni por supresión de provincias.

5. — La previsión de posible formación de una provincia con varias no creemos que pueda aplicarse a las catorce provincias históricamente preexistentes, si es que seguimos apegados a una interpretación tradicional-historicista de nuestra constitución; pero cabe pensar que la misma previsión puede prosperar con respecto a provincias que adquirieron calidad de tales con posterioridad a 1853-1860. (Si bien entendemos que ninguna provincia anterior a 1853-1860 puede desaparecer como tal para quedar absorbida o fusionada en otra u otras, una de aquellas provincias puede consentir que con parte de ella se forme una nueva.)

La participación del consentimiento provincial en los supuestos del art. 13 revela, en común con similar procedimiento en el art. 3º, que la constitución resguarda la *integridad territorial* de las provincias y que no admite la disponibilidad del territorio provincial por decisión unilateral del gobierno federal. Es válido extraer y proyectar de estas normas el principio general de que es menester el consentimiento provincial cuando una porción del espacio geográfico de las provincias va a quedar sustraído totalmente del ámbito provincial o de su jurisdicción.

C) ¿La "fijación" de límites de las provincias?

6. — Hay doctrina que incluye entre los actos del congreso requeridos de participación provincial a la "fijación" de *límites interprovinciales.*

No parece que pueda generalizarse esta interpretación.

Si bien la facultad del congreso no es absoluta, y para fijar los límites interprovinciales ha de computar diversos antecedentes históricos, nos queda claro que hay supuestos en los que su ejercicio *no* requiere el consentimiento de las provincias interesadas.

La delimitación admite hipótesis:

a) cuando hay una *zona litigiosa* entre provincias;

b) cuando el congreso considera razonablemente que hace falta un *redimensionamiento geográfico* de las provincias a las que se afectaría, en cuyo caso estimamos que si se va a desintegrar una parte sustancial del territorio de una o más hay que encuadrar la situación en el marco de las facultades "compartidas" (ver nº 5).

De aceptarse que ciertos casos de fijación de límites de provincias se subsumen en esta clase de facultad compartida y que, por ende, es necesario el consentimiento provincial, creemos que dichos casos se deben referir tanto a las catorce provincias históricamente preexistentes al estado federal cuanto a los posteriores.

Al margen de lo que viene expuesto, también puede compartirse la tesis de que el congreso tiene facultad de *aprobar* el tratado de límites interprovinciales que entre sí hayan celebrado dos o más provincias.

7. — Cuando las constituciones provinciales contienen en alguno de sus artículos una definición de cuáles son los límites de la provincia, la norma pertinente sólo debe interpretarse como declarativa del ámbito geográfico respectivo, y no como sustitutiva de la competencia que el congreso tiene en la materia (porque aun concediendo que sea una facultad "compartida", está en claro que nunca puede ser una facultad unilateral de las provincias).

8. — Cuando el congreso fija los límites interprovinciales, cabe pensar en el *límite marítimo* de cada provincia que tiene costa oceánica. El inc. 15 del art. 75 habla de fijar límites "de las provincias", pero es indudable que la frase apunta a los límites "entre" provincias, o sea de una con otra u otras. Los límites marítimos no son límites "de" provincias ni "entre" provincias, sino límites *internacionales*. Por supuesto que el "arreglo" de éstos incumbe también al congreso, pero entonces no resultaría posible que (so pretexto de fijar los límites provinciales) el congreso estableciera límites marítimos diferenciales respecto de y entre las provincias lindantes con el océano.

Asimismo, la competencia del congreso en materia de límites marítimos no incluye la de federalizar la porción marítima que, integrando el territorio de las provincias, es definida por la ley como de dominio público.

D) La coparticipación federal impositiva

9. — Cuando se lee e interpreta el art. 75 inc. 2º es fácil ubicar el caso en la serie de competencias compartidas, aun cuando esta vez no aparezca fuera del art. 75 sino dentro de él.

Esta coparticipación requiere: a) que la ley-convenio tenga base en acuerdos entre el estado federal y las provincias, y b) que sea aprobada por las provincias una vez dictada por el congreso.

Remitimos al Tomo II, cap. XIX, acápite II.

E) Otros casos

10. — Hemos de analizar supuestos que caben en el listado de facultades compartidas, pero con la modalidad de que a veces la competencia del congreso se ejerce después de ejercida una competencia provincial.

Los ejemplos pueden ser éstos:

a) Con "conocimiento" del congreso federal (que para nosotros implica "aprobación" del congreso) las provincias: a') celebrar los *tratados parciales* a que ya se refería el ex art. 107, que ahora subsiste como art. 125; a") crear *regiones* para el desarrollo económico y social conforme al art. 124; a"') celebrar *convenios internacionales* con el marco y los límites fijados por el art. 124.

b) Con *autorización* del congreso federal, las provincias pueden establecer bancos con facultad de emitir billetes. Ello surge del art. 126 que, en forma negativa, les prohíbe hacerlo sin autorización del congreso.

c) Finalmente, si se acepta dentro del marco de un federalismo "concertado" la inclusión como *derecho intrafederal* de convenios, acuerdos, tratados o normas (también "leyes-contrato") que son resultado de decisiones coincidentes del estado federal y de las provincias, es válido agregar su ejemplo como uno más de facultades compartidas (aunque acaso sean compartidas "voluntariamente" y no obligatoriamente).

Las competencias suprimidas en la revisión constitucional de 1860.

11. — Hasta la reforma de 1860, el congreso revisaba las constituciones provinciales antes de su promulgación (art. 5º del texto originario de 1853), pudiendo reprobarlas si no estaban conformes con los principios y disposiciones de la constitución federal (art. 64 inc. 28 del mismo texto). En rigor, no se trataba en el caso de un acto provincial (sanción de la constitución) que requiriera consentimiento, aprobación o autorización del congreso; se trataba de un *control de constitucionalidad de tipo político,* intercalado entre la sanción de la constitución provincial y su vigencia.

Otras competencias

12. — Si se pasa revista prolija a todo el articulado constitucional que queda fuera del art. 75, es posible encontrar competencias que ejemplificativamente citamos en seguida.

Asimismo, ha de computarse en este rubro todo lo que bajo el nombre de "reserva de la ley" (y latamente, "principio de legalidad") implica una competencia para cuyo ejercicio la constitución exige "ley" del congreso.

El art. 4º regula la formación del llamado "tesoro nacional" cuyos recursos enumera. Si bien sólo menciona al congreso cuando le asigna específicamente la competencia para imponer "contribuciones" y decretar "empréstitos y operaciones de crédito", todos los otros ingresos del tesoro que prevé el mismo artículo implican ejercicio de facultades que, sin señalarse en él expresamente, incumben al congreso y están incluidas en el art. 75.

El art. 7º otorga al congreso la facultad de dictar leyes generales que determinen la forma probatoria de los actos públicos y procedimientos judiciales de cada provincia y los efectos legales que producirán (atento que la misma norma dispone que gozan de entera fe en las demás provincias).

El art. 9º asigna al congreso la facultad exclusiva de establecer las tarifas que regirán en las aduanas nacionales.

El art. 14 reconoce los derechos individuales que se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. El carácter *relativo* de tales derechos los somete a limitaciones (razonables, a tenor del art. 28), que el congreso puede establecer a través de la legislación. Lo mismo cabe decir con respecto a los derechos reconocidos a los extranjeros por el art. 20, y a los incluidos en el art. 14 bis.

El art. 15 estipula que una ley especial reglará las indemnizaciones a que da lugar la abolición de la esclavitud.

El art. 17 otorga al congreso la competencia exclusiva para declarar y calificar por ley la utilidad pública en caso de expropiación.

También se requiere ley para exigir servicios personales e imponer contribuciones.

El art. 18, al estatuir que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, implica atribuir

al congreso la competencia exclusiva para incriminar conductas que constituyen delitos del código penal, y para establecer la organización estable y permanente del poder judicial; lo primero vuelve a aparecer expresamente en el art. 75 inc. 12 —que prevé la sanción del código penal— y lo segundo en el art. 108 y en el art. 75 inc. 20, que ordenan al congreso establecer los tribunales inferiores.

Asimismo, *el art. 18* determina que una ley establecerá en qué casos y con qué justificativos podrá procederse al allanamiento y ocupación del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados.

El art. 19 contiene (en su parte final) el enunciado del principio de legalidad.

El art. 21 contempla la obligación del ciudadano de armarse en defensa de la patria y la constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el congreso (y, además, a los decretos del ejecutivo nacional).

El art. 24 dispone que el congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados; esto último es insistido en el art. 75 inc. 12 (in fine) y en el art. 118.

El art. 26 prevé la libre navegación de los ríos, con sujeción única a los "reglamentos" de autoridad federal, que implican una posible legislación.

El art. 36 remite a la ley para: a) fijar el tiempo de inhabilitación para ocupar cargos o empleos públicos en caso de delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento; b) reglamentar la ética pública para el ejercicio de la función.

El art. 37 prevé que las leyes de partidos políticos y régimen electoral garanticen la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres.

El art. 38 abre el espacio para la legislación sobre partidos políticos.

El art. 39 se refiere a la ley reglamentaria del derecho de iniciativa legislativa popular, y a la competencia (obligatoria) del congreso para dar trámite y tratamiento expreso a los proyectos de ley surgidos de aquella iniciativa.

El art. 40, sobre consulta popular, consigna la competencia del

congreso para convocarla y para dictar la ley reglamentaria de la misma.

El art. 41, sobre derecho ambiental, alude a la ley que establezca la obligación de recomponer el daño ambiental, y a las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente.

El art. 42, coordinado con el *43,* requiere que la ley prevea la existencia de las asociaciones de consumidores y usuarios y su registración, requisitos y formas de organización.

El art. 45 menciona la fijación por el congreso de la representación que, después de cada censo, compondrá la cámara de diputados de acuerdo con la población. *El art. 49* remite al congreso la expedición de una ley electoral para proveer a la elección de diputados después de la instalación del primer congreso.

El art. 74 prevé la remuneración de los diputados y senadores de acuerdo con la dotación que señale la ley.

El art. 85 prevé una ley para la Auditoría General de la Nación.

El art. 86 sobre el Defensor del Pueblo dice que "la organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial".

El art. 88 asigna al congreso la facultad de determinar qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, en caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente.

El art. 92, al aludir al sueldo del presidente y vicepresidente, da por sentado implícitamente su fijación por el congreso.

El art. 93 habilita al congreso en pleno (asamblea legislativa) para que el presidente y vicepresidente de la república presten juramento constitucional en manos del presidente del senado.

El art. 100 menciona a la ley que, con relación al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros secretarios, debe establecer su número y competencia.

El art. 110 se refiere a la determinación por ley del sueldo de los jueces federales.

Los arts. 114 y 115 mencionan la ley que ha de regular el Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de los jueces federales de tribunales inferiores a la Corte.

El art. 117 depara la competencia de establecer reglas y excepciones a la jurisdicción apelada de la Corte; en general, tanto del citado artículo como del *116* se desprende la facultad del congreso de regular la competencia de los tribunales federales (con excepción de la originaria y exclusiva de la Corte, que no puede ser ampliada ni disminuida por ley).

El art. 120 habilita a dictar la ley para el Ministerio Público.

El art. 127 contempla la represión por ley de las hostilidades entre provincias.

El art. 129 prevé una ley para garantizar los intereses del estado federal mientras la ciudad autónoma de Buenos Aires sea capital federal, y la competencia para convocar al electorado de la ciudad para elegir los representantes encargados de dictar el Estatuto Organizativo.

Los artículos que contienen *incriminaciones (15, 22, 29, 36 y 119)* no fijan las penas correspondientes a los respectivos delitos, pero obligan al congreso a establecerlas dentro de la legislación penal. *El art. 119* lo consigna expresamente.

En los *arts. 99 y 100* aparecen algunas competencias del poder ejecutivo y del jefe de gabinete que tienen correspondencia con otras del congreso; asimismo en el art. 101 para la remoción del jefe de gabinete.

II. LAS OBLIGACIONES DE OMISION COMO LIMITES A LA COMPETENCIA

Las prohibiciones al congreso

13. — Otro repaso de la constitución permite confeccionar un catálogo de *prohibiciones.* Lo que "no se puede hacer" queda al margen de toda competencia; por eso, el encuadre de las prohibiciones halla marco en lo que denominamos *obligaciones constitucionales,* que en el caso son obligaciones de *abstención u omisión.*

Ver cap. XXX, nº 38.

Cuando hallamos prohibiciones genéricas que van dirigidas al estado o al gobierno federal, es válido sostener que alcanzan al congreso. Pero las hay directamente impuestas a él, o a la ley.

Las citas no exhaustivas se ejemplifican con:

Art. 25 (prohibición de gravámenes a la entrada de extranjeros); *art. 12*

(prohibición de leyes preferenciales entre puertos); *art. 13* (prohibición de desmembrar la integridad territorial de las provincias sin consentimiento de sus legislaturas); *art. 14 bis* (prohibición de superposición de aportes en materia de seguridad social); *art. 17* (prohibición de establecer la confiscación de bienes en la legislación penal); *art. 45* (prohibición de disminuir la base de población que la norma expresa para cada diputado); *art. 76* (prohibición de delegación legislativa a favor del ejecutivo); *art. 82* (prohibición de sanción ficta o tácita de leyes); *art. 110* (prohibición de disminuir el sueldo de los jueces federales).

14. — Hay *normas de la constitución que no admiten reglamentación* alguna y, en consecuencia, implican prohibir que el congreso dicte leyes reglamentarias de las mismas. Así, a solo título de ejemplo, el derecho de opción que discierne automáticamente el art. 23 in fine; la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema otorgada por el art. 117; las condiciones que fija la constitución para determinados cargos (presidente, vice, diputados, senadores), etc. Expresamente, el art. 75 inc. 2º prohíbe reglamentar la ley-convenio de coparticipación federal impositiva.

15. — Nos interesa reafirmar por separado que, expresamente, la constitución prohíbe al congreso; a) alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la constitución, cuando dicta las leyes que reglamentan su ejercicio; se trata del principio o regla de *razonabilidad* formulada en el art. 28; b) conceder al ejecutivo nacional facultades extraordinarias, y la suma del poder público, u otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced del gobierno o persona alguna; se trata del delito tipificado en el art. 29; c) dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal (sobre esta norma del art. 32 remitimos al Tomo II, cap. XII, acápite III); d) ejercer competencias que la constitución atribuye a las provincias dentro del deslinde propio de nuestra estructura federal; las provincias conservan todo el poder no delegado por la constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (art. 121); pero *hay poderes implícitos del congreso* que importan delegación de la misma índole, no obstante lo cual en nuestro régimen federal, el principio es la competencia de las provincias y la incompetencia del estado federal (ergo: también del congreso).

16. — Reiteramos acá mucho de lo que en el tratamiento de diversos temas explicamos por separado. Por ejemplo, el congreso no puede: a) interferir en la zona de reserva del poder ejecutivo ni del poder judicial; b) prohibir a los jueces que en determinados casos o procesos judiciales ejerzan el control de constitucionalidad o declaren inconstitucionalidades; c) inhibirles el ejercicio de su jurisdicción en causa judiciable; d) declarar la inconstitucionalidad de una ley a cuya derogación procede, con el efecto de alterar o desconocer derechos adquiridos; e) eximir a los actos que cumple el congreso o una de sus cámaras del control judicial de constitucionalidad; f) exigir el acuerdo del senado para que el presidente de la república nombre funcionarios y empleados para cuya designación

la constitución no impone aquel requisito; g) establecer qué funcionarios no incluidos en el art. 53 sólo podrán ser removidos de sus cargos mediante juicio político.

17. — El examen de las prohibiciones no reviste un mero interés teórico, sino práctico, en cuanto hacer lo que ellas impiden irroga *inconstitucionalidad* en la actividad del congreso, susceptible de ser atacada dentro del marco en que se moviliza el control judicial de constitucionalidad en nuestro régimen.

III. EL ARTICULO 85

18. — Si siempre fue común destacar que el congreso cumple una función de control, creemos que después de la reforma de 1994 el *nuevo art. 85* ha incorporado fuera del art. 75 una competencia explícita.

Dice el primer párrafo del art. 85: "El *control externo* del Sector Público Nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo".

(La bastardilla es nuestra).

La norma intenta establecer un nuevo perfil de equilibrio entre el poder ejecutivo y el congreso, ya que por "sector público nacional" se ha de entender: a) la *administración pública federal* cuya titularidad pertenece al presidente y cuyo ejercicio incumbe al jefe de gabinete; b) las *empresas y sociedades del estado,* comprensivas de toda otra entidad en la que el poder ejecutivo posee participación mayoritaria de capital, o la ejerce en la toma de decisiones societarias; c) los entes privados que prestan servicios al público.

En este ámbito, el control externo abarca al control *patrimonial, económico* y *financiero,* y al *control operacional* o de gestión.

Es posible, asimismo que, aun sin formar parte orgánica o funcional del sector público federal, puedan quedar sometidas al control las entidades de cualquier naturaleza que *reciben y manejan fondos públicos federales* (por ej., las universidades nacionales autónomas, las provincias por la coparticipación federal impositiva, la Iglesia Católica por el presupuesto de culto, etc.).

19. — El congreso cuenta con un órgano (extrapoderes) de asistencia técnica, que es la *Auditoría General de la Nación,* en cuyos dictámenes es obli-

gatorio que aquél sustente el examen y la opinión sobre el desempeño y la situación general de la administración pública.

Remitimos al cap. XLI, acápite I, especialmente nos. 10 a 12.

CAPÍTULO XXXIV

LA COMPETENCIA DEL CONGRESO EN EL ARTICULO 75

I. EL SISTEMA AXIOLÓGICO. - El art. 75 y la parte dogmática. - II. EL SISTEMA RENTÍSTICO Y FINANCIERO. - El artículo 4º, los recursos, y la emisión monetaria. - El régimen aduanero y la circulación territorial. - Los impuestos y contribuciones. - Los empréstitos, operaciones financieras, y correos. - *El empréstito "forzoso".* - *Los subsidios "a" y "de" las provincias.* - *El "arreglo" de la deuda.* - El presupuesto. - *La cuenta de inversión.* - Las competencias en materia bancaria y monetaria. - *La emisión de billetes por las provincias.* - *La moneda extranjera.* - *La facultad de los jueces parar admitir la depreciación monetaria.* - III. EL SISTEMA COMERCIAL. - El comercio. - La cláusula comercial en nuestro régimen. - El sistema de pesos y medidas. - IV. EL INCISO 12. - Remisiones. - V. LA CLÁUSULA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. - El sentido del inciso 17. - Reconocimiento, respeto, y garantías. - La operatividad y el desarrollo legislativo. - VI. LAS POLÍTICAS PARA EL DESARROLLO, LA CULTURA Y LAS CUESTIONES POBLACIONALES. - El inciso 18 del art. 75. - La reforma de 1994 al artículo 75. - El desarrollo. - La educación, la ciencia, y la cultura. - Las políticas en orden a la población. - *La política demográfica.* - Los privilegios y recompensas. - VII. LAS POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS. - El marco global. - Una norma específica: el inc. 23 del art. 75. - VIII. EL INCISO 20. - Su contenido. - *La amnistía.* - IX. LAS RELACIONES CON EL PODER EJECUTIVO. - X. LAS RELACIONES CON LA IGLESIA CATÓLICA. - XI. EL ESTADO DE SITIO. - XII. LAS RELACIONES INTERNACIONALES. - Los límites internacionales. - Los tratados internacionales. - *Los tratados de derechos humanos.* - Las represalias. - La guerra. - XIII. LOS LÍMITES INTERPROVINCIALES. - XIV. LOS LUGARES SOMETIDOS A JURISDICCIÓN FEDERAL. - XV. LA INTERVENCIÓN FEDERAL. - XVI. LOS PODERES MILITARES. - XVII. LOS PODERES IMPLÍCITOS. - Su concepto: el inciso 32 del art. 75. - Los poderes implícitos "dentro" y "fuera" del inc. 32. - Los poderes implícitos en nuestro régimen. - *Los poderes implícitos del congreso en relación con los gobiernos de provincia.* - APÉNDICE: Correlación entre el anterior artículo 67 y el artículo 75 actual.

I. EL SISTEMA AXIOLOGICO

El art. 75 y la parte dogmática

1. — En el art. 75 se condensa el agrupamiento que de las competencias del congreso hace la constitución, aun cuando hay otras fuera de él (ver cap. XXXIII).

Por supuesto, el art. 75 pertenece a la *parte orgánica* de la constitución, pero ya dijimos que es expresión manifiesta de un fenómeno normativo propio de la reforma de 1994, consistente en incorporar a la parte orgánica una serie de *valores, principios y derechos* que obligadamente reenvían a la *parte dogmática.*

Hay que pasar revista a los 32 incisos del art. 75 para comprenderlo; no vamos a transcribir los que son pertinentes, pero sí a citarlos. Así, al adjudicar las competencias congresionales encontramos que:

a) el inc. 2º sobre *coparticipación federal impositiva* señala las pautas de valor que han de tomarse en cuenta para la distribución de la recaudación;

b) el inc. 17 contiene derechos de los *pueblos indígenas argentinos;*

c) el inc. 19 en sus cuatro párrafos suma referencias principistas para el *orden socioeconómico,* para el *crecimiento* y el *desarrollo* desigualitario, para la *educación* y la *cultura;*

d) el inc. 22 alude a *instrumentos internacionales sobre derechos humanos;*

e) el inc. 23, a la *igualdad real* y a los *derechos;*

f) el inc. 24, cuando prevé los *tratados de integración supraestatal,* también impone pautas valorativas.

Es fundamental, entonces, que tanto para el ejercicio de las competencias del congreso como para interpretar y aplicar el sistema axiológico y el sistema de derechos de la constitución, se preste la debida atención a todo lo que desde el art. 75 se proyecta hacia la parte dogmática.

Ver Tomo I, cap. IV, acápite II.

II. EL SISTEMA RENTISTICO Y FINANCIERO

El artículo 4º, los recursos, y la emisión monetaria

2. — El art. 4º de la constitución prevé la formación y los recursos del llamado *tesoro nacional,* enumerando las siguientes fuentes de ingreso: a) derechos de importación y exportación; b) venta o locación de tierras de propiedad nacional; c) renta de correos; d) contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población impone el congreso general; e) empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo congreso para urgencias de la nación o para empresas de utilidad nacional.

Remitimos al Tomo II, cap. XIX, nos. 38 y 39.

3. — Se debate si la enumeración de recursos que efectúa el art. 4º es taxativa o no. Si no lo es, pueden agregarse otros no enunciados expresamente.

La discusión acerca de la constitucionalidad de la *emisión monetaria sin respaldo metálico* nos hizo sostener antes de la reforma de 1994 que, pese a la diversidad de opiniones doctrinarias, no resultaba violatoria de la constitución, más allá de la valoración que pudiera recaer sobre la conveniencia o no de la emisión monetaria como recurso fiscal, y de sus proyecciones económicas.

Para encarar la cuestión después de la reforma conviene tomar en cuenta dos cosas: a) subsiste la competencia del congreso para establecer y reglamentar un banco "federal" con facultad de *emitir moneda* (art. 75 inc. 6º, que corresponde al anterior art. 67 inc. 5º, que se refería a un banco "nacional" con facultad de *emitir billetes*); b) se ha agregado entre las competencias del congreso la de "proveer lo conducente... a la *defensa el valor de la moneda*" (art. 75 inc. 19 párrafo primero).

Queda la impresión de que esta nueva norma tiende a evitar la inflación causada por la emisión monetaria sin encaje metálico y como recurso habitual y permanente. (Ver nº 20).

Sobre el fenómeno inflacionario en sí mismo nada dice la constitución reformada, pero cabe opinar que aquella emisión monetaria como recurso fiscal quedaría implícitamente vedada cuando objetivamente fuera contraria y dañina para defender el valor de la moneda (que el art. 75 inc. 19 obliga a resguardar); o sea, capaz de originar índices de inflación que alteraran dicho valor.

Concomitantemente, el mismo art. 75 inc. 19 trae otras pautas obligatorias para el *orden socioeconómico,* que conviene analizar a efectos de resolver el problema de la emisión monetaria sin encaje metálico, para no desvirtuar ni dejar incumplidas dichas pautas.

De todos modos, y con cualquier opinión sobre el tema, no hay duda de que antes de la reforma de 1994 la emisión monetaria sin respaldo significó una *mutación constitucional* por interpretación que algunos reputaron inconstitucional y otros no.

Después de la reforma, la ley de convertibilidad 23.928, del año 1991, tuvo precisamente la intención y el propósito de erradicar la praxis de la emisión monetaria como recurso fiscal.

El régimen aduanero y la circulación territorial

4. — El inc. 1º del art. 75 ha sufrido modificaciones de redacción en la reforma del que antes era inc. 1º del art. 67. Mucho más breve,

ahora dice que: a) al congreso le corresponde legislar en materia *aduanera* y establecer los *derechos de importación y exportación,* así como las *avaluaciones* sobre las que recaigan; y b) serán *uniformes* en todo el territorio.

De otras normas surge que estos impuestos *no* son objeto de coparticipación (art. 75 inc. 2º), y que son de competencia *exclusiva* del estado federal (por ej., art. 126, que prohíbe a las provincias establecer aduanas provinciales, y arts. 10, 11 y 12).

Remitimos al Tomo II, cap. XIX, acápite IV.

5. — En la *constitución material,* la prohibición de tarifas aduaneras diferenciales ha transitado por una *mutación* violatoria de la constitución. Ello es así porque distintas normas han consagrado franquicias diferenciales en algunas zonas, que han significado discriminaciones aduaneras.

Los impuestos y contribuciones

6. — El inc. 2º del art. 75, mucho más extenso y objeto de sustancial reforma en el texto de 1994 con respecto al que era inc. 2º del art. 67, tiene como núcleo importante la *coparticipación federal impositiva.* Para ello remitimos al Tomo II, cap. XIX, nos. 42 a 54.

Para el *régimen tributario* en general, ver Tomo II, cap. XIX, nos. 38, 40 y 42, y 55 al 57.

Los empréstitos, operaciones financieras, y correos

7. — El inc. 4º del art. 75 mantiene la competencia de *contraer empréstitos* (aunque ha suprimido del ex inc. 3º del art. 67 la alusión a empréstitos "de dinero"). Relacionando la norma con el art. 4º, encontramos en éste la mención de los "empréstitos y operaciones de crédito que decrete el congreso para urgencias de la nación o para empresas de utilidad nacional".

El inc. 5º del art. 75 autoriza al congreso a *disponer* del uso y de la *enajenación de las tierras de propiedad nacional,* también en consonancia con el art. 4º, que incluye entre los fondos del tesoro nacional el producto de la venta y locación de tierras de propiedad nacional.

Cabe interpretar que la alusión constitucional expresa a la venta y locación de tierras "nacionales" proyecta la respectiva competencia del congreso a toda

venta o locación de cualquier otra clase de bienes que sean del estado federal, como es el caso de sus empresas.

El inc. 14 del art. 75 reemplaza al que fue inc. 13 del art. 67 y consigna la competencia de arreglar y establecer los *correos generales* (se ha suprimido la mención de "las postas").

La norma se refiere a los correos federales y, por analogía, a los telégrafos, teléfonos y otros medios de comunicación similares; pero no impide a las provincias tener, en jurisdicción local, mensajerías y otros medios de comunicación.

Del texto constitucional no surge ningún tipo de monopolio a favor del estado federal en materia de correos, pudiendo fácilmente inferirse que está habilitada la concesión del servicio a particulares, así como la posible existencia de correos provinciales en jurisdicción local.

El empréstito "forzoso"

8. — Cuando la constitución se refiere al empréstito, se nos plantea el problema del empréstito *forzoso o compulsivo,* en el cual el estado capta fondos de los particulares por tiempo determinado, bajo promesa de reintegro, sin que los obligados puedan evadir el préstamo.

No es del caso entrar aquí al debate doctrinario sobre la real naturaleza de esta figura. Sin duda para nosotros, cabe distinguirla del impuesto, porque en el empréstito forzoso hay devolución, en tanto en el impuesto no. En cambio, se discute si la previsión del art. 75 inc. 4º para "contraer empréstitos" incluye la de los empréstitos forzosos, bajo cualquier nombre que se les asigne.

Nuestra respuesta es la siguiente: a) como principio general, el empréstito forzoso no es necesariamente inconstitucional; b) pero debe existir causa razonable, y ser asimismo de duración razonablemente transitoria; c) el préstamo debe devengar intereses; d) si hay inflación, el crédito tiene que ser actualizado para que la suma prestada recupere su valor real y actual al momento de la devolución; e) si el particular ha sufrido perjuicio (por ej., porque ha debido obtener el dinero de terceros a mayor interés que el devengado en el empréstito forzoso) ha de quedar legitimado para demandar al estado el resarcimiento del daño; f) salvo la hipótesis del anterior inciso, no cabe indemnización.

9. — Las *leyes 23.256 y 23.549* instituyeron un sistema de "ahorro obligatorio".

Las leyes de ahorro obligatorio fueron reputadas por la Corte Suprema como *actos unilaterales del estado* que se justifican por el *poder tributario* acordado constitucionalmente al congreso (casos "Horvath Pablo c/Fisco Nacional (DGI)", de 1995; y "Morixe Hnos. S.A.C.I.", de 1996).

Los subsidios "a" y "de" las provincias

10. — Con los fondos del tesoro nacional, cuya composición ya hemos analizado, el congreso puede acordar *subsidios* a las provincias cuyas rentas no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios, según sus presupuestos (art. 75 inc. 9º).

No nos parece constitucional la situación inversa, en que el gobierno federal obliga a las provincias a otorgarle subsidios, porque la norma que faculta al congreso a conceder subsidios a las provincias no puede usarse a la inversa, para que el estado federal exija a las provincias que contribuyan con aportes locales a favor del gobierno federal.

El "arreglo" de la deuda

11. — Al congreso le incumbe por imperio del inc. 7º del art. 75 *"arreglar" el pago de la deuda* interior y exterior del estado, pero el ejercicio de esta atribución se ha desplazado sin duda hacia el poder ejecutivo, y ha decaído en el ámbito congresional.

Importantes opiniones acuden a justificar el fenómeno. Por un lado, se alega que la competencia congresional de arreglar el pago de la deuda la asume y cumple el congreso al tratar la ley de presupuesto (porque en ésta se incluyen los pagos, amortizaciones, e intereses), y al aprobar o desechar la cuenta de inversión, sin perjuicio de que, asimismo, el congreso pueda reglamentar el inciso como lo ha hecho con la ley 24.156. Por otro lado, también se supone —sobre todo en materia de deuda externa— que la intervención del congreso en la aprobación de los acuerdos que celebra el poder ejecutivo equivale al arreglo del pago (si es que tales acuerdos se equiparan a tratados internacionales y se someten al trámite de éstos).

Por serias que resulten estas opiniones, no las compartimos. A nuestro criterio (de modo análogo a lo que decimos en cuanto al arreglo de límites internacionales), si el art. 75 enfoca y atribuye por separado *dos competencias del congreso* (una, arreglar el pago de la deuda, y otra, dictar la ley de presupuesto y aprobar o desechar la cuenta de inversión), resulta suficientemente claro que ambas no pueden identificarse, ni confundirse, ni fusionarse, ni subsumirse una en la otra, porque si estuvieran identificadas sería estéril la mención doble e independiente. Lo mismo cabe argüir si se pretende dar por cumplido el arreglo del pago cuando, acaso, el congreso aprueba un acuerdo sobre el mismo.

12. — El derecho espontáneo —según ya dijimos— ha desfigurado mucho la competencia congresional de arreglar el pago de la deuda. Este desplazamiento de una facultad congresional hacia el poder ejecutivo ha operado una *mutación* constitucional por interpretación, que a nuestro entender *discrepa con la constitución formal.*

El presupuesto

13. — En materia de presupuesto la reforma de 1994 ha introducido modificaciones en el art. 75 respecto del anterior art. 67.

Por un lado, la citada reforma ha constitucionalizado la *iniciativa* o preparación por el *poder ejecutivo* del proyecto de ley presupuestaria, cuando el art. 100 sobre competencias del jefe de gabinete dice en su inc. 6º que le corresponde enviar al congreso el proyecto de ley de presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del poder ejecutivo. Antes de la reforma, la constitución no preveía expresamente la iniciativa del poder ejecutivo en la materia, pero fue práctica en la constitución material.

14. — El inc. 8º dice:

"Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al *programa general de gobierno* y al *plan de inversiones públicas* y aprobar o desechar la cuenta de inversión".

Este inciso tiene independencia del art. 75 inc. 2º (porque se refiere al *presupuesto* y a la *cuenta de inversión*) pero a su modo se conecta con el citado inc. 2º en cuanto la fijación anual del presupuesto viene ahora enmarcada en una pauta que remite a su párrafo tercero. En éste se prevé el reparto en la coparticipación impositiva entre el estado federal, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, y entre éstas. Las directrices que dicho párrafo tercero traza se convierten, entonces, en un lineamiento presupuestario inexorable.

Las demás alusiones al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas son otro añadido que el inc. 8º incorpora respecto del que era 7º.

Para las *inversiones* públicas damos por cierto que, aun cuando el inciso 8º no hace alusión al inc. 19 del mismo art. 75, hay que tomar en consideración las pautas que en él se estipulan, sobre todo en el párrafo segundo, sin que deban obviarse las de los párrafos primero y tercero.

15. — Podemos suministrar algunas pautas: a) la ley de presupuesto es *anual*, lo que la diferencia de las otras leyes que, por lo general, no suelen tener plazo de vigencia determinado; por ende, no debe incluir normas ajenas a lo que el presupuesto es en sí mismo; b) a la época de la constitución, la anualidad era un requisito que

se consideraba relacionado con el llamado "equilibrio financiero"; hoy se aspira a un "equilibrio económico", y se considera al presupuesto como un instrumento a través del cual el estado actúa sobre la economía; c) la ley de presupuesto *no es* —ni debe ser— una *ley fiscal,* por lo cual no ha de crear, modificar, ni suprimir tributos, bien que deba computarlos entre los ingresos.

16. — Hemos de remitir asimismo al art. 100 inc. 7º, que otorga al jefe de gabinete la competencia de "hacer *recaudar* las rentas de la nación y *ejecutar* la ley de presupuesto nacional", más la del presidente de la república en el art. 99 inc. 10 para *supervisar* el ejercicio de dicha facultad por parte del jefe de gabinete respecto de la recaudación de aquellas rentas y de su inversión con arreglo a la ley o al presupuesto de gastos nacionales.

17. — Por todo lo expuesto nos convencemos actualmente que cuando se prepara el proyecto del presupuesto y cuando el congreso dicta la ley respectiva, así como cuando se analiza la cuenta de inversión (art. 75 inc. 8º) debe *imperativamente* tomarse en consideración la serie de *prioridades* que implícitamente surgen del contexto integral de la constitución, para lo cual es imprescindible acudir a su *sistema axiológico,* que ahora no está recluido en la parte dogmática de los arts. 1º a 43, sino que a la vez se extiende a y en la parte orgánica; para lo último, el art. 75 condensa —aunque no él exclusivamente— una nutrida constelación de *principios, valores y derechos* (ver Tomo I, cap. IV).

Lo que acabamos de sostener no es una simple orientación ni un consejo. De ahí que la ley de presupuesto no sea una especie de "superley" que a su puro arbitrio y discrecionalidad pueda prever el ordenamiento de los ingresos y los gastos, y las prioridades de éstos sin remisión alguna a las pautas obligatorias que, también para el presupuesto, surgen de la constitución.

Sobre la *actividad financiera pública y su subordinación a la constitución,* remitimos al Tomo II, cap. XIX, nºs. 1 a 4.

La cuenta de inversión

18.— El art. 75 inc. 8º acuerda al congreso la facultad de *aprobar o desechar la cuenta de inversión.* Es evidente que la constitución ha atribuido al congreso un importante papel de *control del presupuesto ejecutado,* que parte de la doctrina llama control "póstumo", y que no ha de confundirse con el control durante la "ejecución".

Esta competencia del congreso *no es legislativa,* por lo que no debería ejercerse mediante la sanción de una ley. Si por *ley* el congreso *rechaza* una cuenta de inversión, estamos ciertos de que el poder ejecutivo *no puede vetarla* porque, si lo hace, desvirtúa y cancela el control parlamentario que la constitución exige.

También decimos que el ejercicio de esta competencia no es "potestativo" sino *obligatorio* para el congreso.

El art. 85 prescribe que la *Auditoría General de la Nación* "intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos" (ver cap. XLI, acápite I, especialmente nos. 4 y 9 b) in fine).

19. — El examen y la aprobación (o el rechazo) de la cuenta de inversión es una función que, en la constitución *material, no se ejerce* con eficacia. No es aventurado afirmar que la constitución material ofrece en este punto una *mutación* profunda que, al retraer o desenergizar el control del congreso sobre la cuenta de inversión, se opone a la constitución formal.

Las competencias en materia bancaria y monetaria

20. — Conforme al inc. 6º del art. 75 le correspode al congreso establecer y reglamentar un *banco federal* con facultad de *emitir moneda.* El texto del que antes de la reforma era inc. 5º del art. 67 hablaba de un banco "nacional" con facultad de emitir "billetes".

Las *provincias* no pueden establecer bancos con facultad de emisión sin autorización del congreso (art. 126).

El inc. 11 del art. 75, por su lado, asigna al congreso hacer *sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras.*

Las *provincias* no pueden "acuñar" moneda (art. 126).

El inc. 6º también prevé que el congreso establezca, además del banco federal, *otros bancos "nacionales".*

El inc 12 incluye en la legislación general a la ley sobre *falsificación de la moneda corriente.*

Parece verdad que, por su carácter *federal,* el banco aludido en el inc. 6º debe incorporar a representantes de las provincias en sus órganos de conducción y administración.

Intentamos interpretar también que la emisión monetaria no puede ahora disponerse sin encaje metálico o respaldo suficiente de manera habitual y permanente, como mero recurso fiscal (Ver nº 3).

El inc. 19 obliga al congreso a preservar el valor de la moneda.

21. — *La ley de convertibilidad 23.928, del año 1991, dispuso la convertibilidad de la moneda argentina* (entonces todavía el austral) en la equivalencia de diez mil australes (que ahora son un peso) por cada dólar estadounidense. Dicha ley implicó el ejercicio de la competencia congresional de fijar el valor de la moneda.

22. — La moneda de *curso legal* es aquella moneda —metálica o papel— cuya aceptación es irrehusable y obligatoria, y apareja poder cancelatorio o liberatorio; la moneda de *curso forzoso* es el papel moneda con curso legal, que además no puede canjearse. El *curso legal,* que hace al dinero irrecusable, atiende a la relación "acreedor-deudor", porque el primero no puede rehusar recibir la moneda de curso legal; el *curso forzoso* apunta a la relación "tenedor del billete-entidad emisora", porque el primero no puede exigir al segundo la conversión del billete. El billete investido de curso legal y curso forzoso suele llamarse "papel moneda".

23. — El ejercicio de las competencias del congreso del art. 75 incs. 6º y 11 ha estado sustancialmente decaído en la *constitución material,* donde se registra una marcada *mutación;* ello obedece, en buena parte, a la amplitud de facultades acumuladas por el Banco Central, cuyo origen, según parte de la doctrina, proviene de una delegación completa de competencias por parte del congreso.

En la *constitución material* tampoco es difícil descubrir la *mutación* que ha sufrido la emisión de billetes de curso legal, de curso forzoso, sin respaldo metálico, y también como recurso fiscal. Además, los billetes han llegado a desplazar a la moneda metálica, y ha decaído la facultad de "sellar" moneda (porque tal facultad no existe cuando no hay moneda metálica, y no parece asimilable a ésta la moneda fraccionaria de insignificancia cuantitativa, o la moneda metálica fiduciaria).

La emisión de billetes por las provincias

24. — El art. 126 prohíbe rotundamente a las provincias "acuñar moneda", en alusión indudable a la metálica (que queda reservada exclusivamente al congreso) en tanto se les prohíbe que establezcan bancos con facultad de emitir billetes *sin autorización del congreso,* lo que, al contrario, supone que pueden emitirlos si el congreso da autorización. ¿Qué son los "billetes"? Parece ser, según fundadas opiniones, el "papel moneda", o sea, el billete al que se le otorga fuerza cancelatoria o inconvertibilidad. De esto se induce que: a) las provincias pueden emitir —sin necesidad de que el congreso las autorice— "billetes de crédito" que carezcan de aquellos efectos y características; b) que con autorización del congreso pueden emitirlos con dichos efectos y características. En suma, la emisión de billetes por las provincias está habilitada sin necesidad de que el congreso la autorice mientras tales billetes no circulen legal y obligatoriamente como dinero, o sea, como papel moneda.

La moneda extranjera

25. — El congreso también fija el valor de las monedas *extranjeras*. Hasta la ley de 1881, varias monedas extranjeras tuvieron curso legal en nuestro país; a partir de entonces quedó suprimido. Prohibida, pues, la circulación legal de la moneda extranjera, las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera se consideraron hasta 1991 como de dar cantidades de cosas (principio del art. 617 del código civil para las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal en la república); pero la ley 23.928, de 1991, modificó el art. 617 del código civil estipulando que las obligaciones contraídas en moneda distinta de la argentina se deben considerar como obligaciones de dar sumas de dinero.

Entendemos, con la jurisprudencia de la Corte, que la facultad congresional de fijar el valor de las monedas extranjeras es exclusiva cuando se trata de admitirlas en la circulación con el carácter de *moneda legal* para los pagos. Por ende, la facultad del art. 75 inc. 11 se refiere a la admisión de circulación de moneda extranjera como de curso legal para los pagos internos, pero no obsta a que el poder ejecutivo fije el cambio de nuestra moneda con relación a la de otros estados.

La facultad de los jueces para admitir la depreciación monetaria

26. — El principio legal del "nominalismo" significa que el dinero se da y se recibe por su valor *nominal*, o sea, por el valor *legalmente fijado* en una cifra numeraria.

Cuando sobrevino la inflación y hubo de reconocerse que la depreciación monetaria hacía procedente la indexación —prohibida luego en 1991 por la ley 23.928— se supuso en alguna doctrina que los jueces no podían disponerla para preservar el valor real del crédito y de la deuda, porque ello equivalía a "fijar" el valor de la moneda, que era y es una competencia del congreso. Esa similitud resultaba equivocada, porque el juez que —habiendo depreciación monetaria— ordena en su sentencia que se actualice a su valor real la suma debida, no está "fijando" el valor ("nominal") de la moneda en sustitución del congreso, sino la cantidad de dinero que, en su *valor real ya reajustado*, tiene aptitud para cancelar la obligación del deudor y preservar el derecho de propiedad del acreedor.

Ello quiere decir que el nominalismo impuesto legalmente no es inconstitucional pero, si la depreciación monetaria altera el valor real, *puede ser inconstitucional la solución* —aun judicialmente adoptada— que niegue reajustar el valor nominal.

III. EL SISTEMA COMERCIAL

El comercio

27. — En el inc. 13 del art. 75, el texto constitucional reconoce la competencia congresional para *reglar el comercio con los estados*

extranjeros, y de las provincias entre sí. O sea, el comercio *exterior* y el comercio *interprovincial* (o comercio interjurisdiccional). En cuanto al primero, la norma juega en concordancia con el régimen aduanero de carácter federal, también a cargo del congreso.

Comercio no es sólo tráfico o intercambio, sino también comunicación; o sea, comprende el tránsito de personas, el transporte, la transmisión de mensajes, la navegación, la energía eléctrica e hidroeléctrica, los servicios telefónicos telegráficos, etc., alcanzando a cosas, productos, mercaderías, personas, pensamientos, imágenes, noticias, etcétera.

Remitimos al Tomo II, cap. XIV, nos. 35 y 36.

Sobre la relación con la *libertad económica,* ver Tomo II, cap. XIV, nos. 36 a 40.

Sobre la "ley de *tránsito*" y la cláusula comercial, remitimos a lo explicado al tratar el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir, del art. 14. (Ver Tomo II, cap. XIV, nº 55).

Sobre la relación con el *art. 42,* ver Tomo II, cap. XV nos. 21 a 32.

La cláusula comercial en nuestro régimen

28. — En nuestro derecho constitucional del poder, las provincias tienen prohibido dictar leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior (art. 126); en cambio, al congreso compete reglar el comercio internacional o interprovincial, y dictar el código de comercio. Todo asunto concerniente al comercio con estados extranjeros o de las provincias entre sí, así como el relativo a la navegación, es propio del estado federal a través del congreso. Se trata plenamente de la *jurisdicción* federal (pero no del dominio). La jurisdicción sobre la navegación exterior y de las provincias entre sí puede ejercerse por el congreso con toda amplitud y eficacia, cualquiera sea el propietario de los ríos, porque la jurisdicción es independiente del dominio.

Aparece acá, conectado con la cláusula comercial, el inc. 10 del mismo art. 75, otorgando al congreso la reglamentación de la *libre navegación de los ríos interiores* y la *habilitación de puertos* que considere convenientes, con la limitación del art. 26, que declara libre para todas las banderas la navegación de los ríos interiores, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

29. — Para el deslinde entre la "cláusula comercial" y el "poder impositivo", remitimos al Tomo II, cap. XIX, nos. 58 y 59.

El sistema de pesos y medidas

30. — Suele vincularse la facultad del congreso de adoptar un sistema

uniforme de pesos y medidas (art. 75 inc. 11) con el comercio interjurisdiccional y con las transacciones.

La competencia ha sido ejercida estableciendo el *sistema métrico decimal.*

La *hora oficial* como "medida" del tiempo cronológico *no* es una de las "medidas" a que se refiere la norma. Por consiguiente, el congreso puede fijar una medida horaria uniforme, pero también las provincias tienen facultad para apartarse de ella en sus propios territorios.

IV. EL INCISO 12

Remisiones

31. — a) Para los *códigos y leyes de derecho común,* remitimos al cap. XXXV, nos. 62 a 69; 91; 103; y 112 b.

b) Parar el *derecho federal,* remitimos al cap. XXXV, nos. 60/61; 70; 87 a 89; 101; 104; 112 a; 113 y114.

c) En el inc. 12 hay una enumeración de leyes que la norma constitucional denomina "generales". Cabe asimismo asignarles doctrinariamente el nombre de "especiales", en cuanto se las especifica particularizadas. Son de naturaleza *federal* (ver el precedente inc. b).

c') Para la *ley de naturalización y nacionalidad,* ver Tomo I, cap. VII, nos. 24 a 29.

c") Para la *ley de bancarrotas,* ver cap. XXXV, nº 90.

c"') La *ley sobre falsificación de moneda y documentos públicos del estado* tiene naturaleza también *federal* y versa sobre materia *penal.*

c"") La *ley sobre juicio por jurados* ha de verse como una ley-marco a aplicarse en jurisdicción penal de tribunales federales y locales, y de carácter *federal.* Deja margen reglamentario a la legislación provincial, y actualmente podría incluirse en la categoría de la normativa propia del derecho procesal constitucional.

Para el juicio por jurados, remitimos al Tomo II, cap. XXIV, nº 40, y en este Tomo III al cap. XXXV, nº 97.

V. LA CLAUSULA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

El sentido del inciso 17

32. — Por la importancia que le asignamos al tema de los indígenas vamos a transcribir el inc. 17 del art. 75 que dice así:

"Reconocer la *preexistencia* étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su *identidad* y el derecho a una *educación*

bilingüe e intercultural; reconocer la *personería jurídica* de sus comunidades, y la *posesión y propiedad comunitarias de las tierras* que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su *participación* en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las *provincias* pueden ejercer *concurrentemente* estas atribuciones."

(La bastardilla es nuestra).

El contexto de la norma trasunta un sentido *humanista.*

33. — Lo primero a destacar es la diferencia radical con el anterior inc. 15 en el que se atribuía al congreso la competencia de "conservar" el trato pacífico con los indios y "promover" su conversión al catolicismo. Esto devino anacrónico y desactualizado a medida que progresaron las valoraciones sociales en el contexto universal y en el nuestro propio. La reforma de 1994 reemplazó íntegramente aquellas competencias por las actuales.

34. — Ante todo, hemos de enfatizar que el nuevo inc. 17 se hace cargo del *derecho a la diferencia,* que es una expresión del *derecho a la identidad personal* y que se relaciona íntimamente con él. (Ver Tomo I, cap. X, nº 23).

De inmediato, afirmamos que en nuestra interpretación esta nueva cláusula revestida del alcance recién aludido para nada riñe ni pugna con la abolición y prohibición de las prerrogativas de sangre y de nacimiento que mantiene el viejo art. 16. Acá no se otorgan privilegios ni prerrogativas, sino que se asume una justa expresión del *pluralismo democrático* y del mencionado derecho a la diferencia, imprescindibles en un estado democrático.

Reconocimiento, respeto, y garantías

35. — Vamos, pues, a la reforma.

a) El reconocimiento de la *preexistencia étnica y cultural* de los pueblos indígenas argentinos ofrece varios aspectos. Uno quizá aparezca como *simbólico y reparador.* Otro como *histórico,* en cuanto al elemento español anterior a nuestra independencia, y al torrente inmigratorio posterior a la constitución originaria, se los hace preceder por las comunidades aborígenes autóctonas.

"Pueblo" sería aquí equivalente a población y, con ese sentido, los "*pueblos* aborígenes argentinos" vienen a definir los sectores de población o comunidades grupales que componen al conjunto humano que es elemento de nuestro estado.

Que étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda; positivamente, quiere decir que, más allá de no destruirla o socavarla, hay que *promoverla.* El congreso, en ejercicio de la competencia que surge de la norma comentada, tiene el *deber* de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulta posible.

Uno de ello, es el de la *integración.* Integrar a los pueblos indígenas es no solamente no aislarlos ni segregarlos, sino depararles un trato igualitario con el resto de la sociedad; pero, a la inversa, no significa que para hacerlos parte integrante de ella haya de reclamárseles la renuncia o la abdicación a su estilo, a sus diferencias, a su idiosincrasia, a su cultura.

b) El congreso debe garantizar a los pueblos indígenas el *respeto* a su *identidad,* y el *respeto* a una *educación bilingüe e intercultural;* aquí aparece otra vez el aspecto integrativo.

Que las comunidades indígenas obtengan reconocimiento de su *personalidad jurídica* como tantas otras agrupaciones y entidades colectivas implica admitir su organización, acorde con las características propias de tales sujetos de derecho pero, a la vez, con la peculiaridad asociativa que les imprime la índole indigenista.

c) Hay en seguida un reconocimiento a la *posesión y propiedad comunitarias de las tierras* que tradicionalmente ocupan. No se vea en ello una creación de feudos; tampoco un colectivismo no democrático. Posesión y propiedad "comunitarias" quiere decir, por el calificativo, que esas tierras podrán ser tanto de la persona jurídica que se reconozca en cada sociedad aborigen determinada, cuanto distribuidas y coparticipadas en la forma y con el alcance que el congreso establezca o, todavía mejor, de acuerdo a lo que el estatuto asociativo y organizativo de la pesona jurídica colectiva prevea, sin impedimento alguno a mixturas con la *propiedad individual.*

El congreso tiene, además, que regular la entrega de otras tierras que sean aptas y suficientes para el *desarrollo humano.* Insertar aquí la expresión "desarrollo humano" nos resulta relevante, porque señala la finalidad promotora que debe revestir la tierra y su uso, como espacio de radicación y de crecimiento para la integración, la cultura diferencial y la convivencia de las comunidades aborígenes.

Ninguna de las tierras mencionadas será susceptible de *enajenación,* de *transmisión,* o de *gravámenes* y *embargos.* De esta manera se garantiza aquel espacio geográfico de asentamiento, de modo congruente con la finalidad de desarrollo a la que hacíamos referencia.

d) Como último punto la norma alude a asegurar la *participación* de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los otros intereses que los afecten.

El inc. 17 trae, como cierre, una previsión sobre el *reparto de competencias* entre el estado federal y las provincias. Dice así: "las provincias pueden ejercer *concurrentemente* estas atribuciones". (Ver nº 37).

La operatividad y el desarrollo legislativo

36. — No nos es difícil radicar en el inc. 17 un núcleo normativo *operativo;* por un lado, el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas y de la personería jurídica de sus comunidades surge directa y automáticamente de la cláusula constitucional, por lo que su aplicabilidad no demanda ley alguna, aunque deja sitio para el desarrollo legislativo.

De igual modo —y por otro lado— la posesión y propiedad comunitarias de tierras posee un *contenido esencial mínimo* que, en lo necesario, implica que para su efectividad no obstan las normas sobre el derecho de propiedad que resulten opuestas u omisivas, tanto en el código civil cuanto en otros ámbitos legales y aun administrativos. No obstante, queda margen de competencia para cuantas precisiones reglamentarias hagan falta.

37. — Estas nociones, que se hacen aplicables a todo el inciso, conducen a recordar que las facultades para reglamentarlo son *concurrentes entre el estado federal y las provincias,* lo que facilita distintas regulaciones que se hacen adaptables a la idiosincrasia especial de las comunidades indígenas según el lugar donde están asentadas.

Tal pluralismo normativo en nada riñe con el derecho a la igualdad ante la ley ni con la uniformidad del derecho común en todo el territorio, porque es la propia constitución la que —para el caso— habilita aquel pluralismo. Sin embargo, todo cuanto dimana directa y operativamente de la constitución no admite que el estado federal y/o las provincias lo alteren, o ignoren, o violen cuando ejercen sus respectivas competencias concurrentes.

No sería incongruente postular que el *federalismo concertado* suministra una vía para encauzar la concurrencia competencial, y a lo mejor hasta cabría imaginar —por analogía con el reparto que para el derecho ambiental establece el art. 41— que el estado federal dictara una ley de presupuestos mínimos, y que las provincias adhirieran a ella con una legislación local complementaria.

38. — El inc. 17 permite aseverar que, explícitamente, ahora la constitución se hace cargo de los *derechos de las minorías,* lo que en el texto constitucional creemos que es una novedad inusitada respecto del histórico y originario.

Por otra parte, hay simetrías con el *plexo de derechos,* lo que demuestra otra vez en la reforma de 1994 la original conexión de la parte orgánica con la parte dogmática.

VI. LAS POLITICAS PARA EL DESARROLLO, LA CULTURA, Y LAS CUESTIONES POBLACIONALES

El inciso 18 del art. 75

39. — El inc. 18 (que fue inc. 16 del art. 67, y se ha dado en llamar la *cláusula del progreso*) es de una amplitud manifiesta y engloba en su enunciado una temática que, sin carácter taxativo, equivale a los contenidos del *bien común* y de lo que hoy se denomina *desarrollo.*

Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de "todas las provincias", y al progreso de la ilustración, abarca aspectos materiales y culturales, a tono con las grandes pautas del preámbulo. Además, la extensión del progreso y del bienestar a "todas las provincias" otorga a la cláusula una dimensión territorial y social que abarca a la integralidad geográfica y poblacional de todo el estado, sin exclusiones ni marginamientos dentro de la federación.

A tenor del art. 125 constitucional, todo este cúmulo de competencias es *concurrente* con las provincias, que pueden hacer lo mismo en sus respectivas jurisdicciones locales.

40. — Para el "progreso de la *ilustración*", el inc. 18 concede al congreso la facultad de dictar "planes" de *instrucción general y universitaria.* Esta terminología engloba el lineamiento y la estructura de la educación en todos los niveles y ciclos, para la enseñanza en jurisdicción federal y provincial, y para la enseñanza privada (no estatal).

El término "planes" admite doble acepción: a) en un sentido *"técnico"-pedagógico,* es sinónimo de plan de estudios o listado de asignaturas; b) en un sentido *"político"-pedagógico,* equivale a planes de acción y organización del sistema educacional (planeamiento de fines, niveles, ciclos, pautas de funcionamiento, títulos, etc.). Creemos que la competencia del congreso en materia de "planes" debe entenderse referida al sentido "político-pedagógico" y no al "técnico-pedagógico".

La reforma de 1994 al artículo 75

41. — Cuando *antes de la reforma de 1994* se atendía a competencias del congreso que el entonces art. 67 señalaba para determinadas políticas especiales, lo común era ceñirse al inc. 16, que se mantiene hoy en el texto actual como inc. 18.

Después de la reforma, ello es insuficiente, porque las pautas han

crecido, y exhiben además una relación estrecha con el sistema axiológico y con derechos de la parte dogmática.

Por un lado, la ya examinada cláusula sobre los *pueblos aborígenes* aglomera lineamientos para políticas múltiples en cuestiones de educación y cultura, de propiedad, y de derechos de las personas que los integran (ver acápite IV).

Por otro lado, una serie de incisos acumulan parámetros densos que el congreso debe tomar en cuenta al ejercer las competencias con ellos vinculadas. Así, el *inc. 19*, el *inc. 23*, y todo lo que se infiere del *22* y el *24*.

Para no incurrir en repeticiones, remitimos muy especialmente al Tomo I, cap. IV, nºs. 13/14 y 16/17.

El desarrollo

42. — Remitimos al Tomo II, cap. XVI, nº 22 a) y b).

Ha de computarse el *inc. 2º párrafo tercero* del art. 75, cuando prevé las pautas para distribuir los impuestos coparticipados.

También el *inc. 19 párrafo segundo*, cuando alude a promover políticas que equilibren el desigual desarrollo de provincias y regiones.

Al desarrollo humano se refiere también el *inc. 17* en orden a los pueblos indígenas.

La educación, la ciencia, y la cultura

43. — El inc. 19 en sus párrafos primero in fine, tercero y cuarto apuntala y pormenoriza lo que el inc. 18 comprime en su mención de la "ilustración" (ver nº 40).

Nuevamente por razón de brevedad remitimos:

a) para la *educación*, al Tomo II, cap. XIII, nºs. 12 a 14;

b) para la *educación*, en relación con los derechos de los *arts. 41 y 42* al Tomo II, cap. XIII, nº 15;

c) para la *enseñanza estatal*, al Tomo II, cap. XIII, nº 16;

d) para las *universidades nacionales*, al Tomo II, cap. XIII, nºs. 17 y 18;

e) para la *cultura*, al Tomo II, cap. XIII, nºs. 20 y 21;

f) *en general,* al Tomo II, cap. XIII, nº 3;

g) para las *pautas económicas* (comercio, industria, mercado, consumo, etc.), al Tomo II, cap. XIV, nºs. 36 a 40; g') para el orden económico, especialmente nº 38.

Las políticas en orden a la población

44. — El *inc. 19 párrafo segundo* asigna al congreso la competencia de proveer al *poblamiento* del territorio.

Cuando el *inc. 2º párrafo tercero* señala que los criterios objetivos para repartir la coparticipación federal impositiva han de dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades *en todo el territorio,* no adopta una pauta puramente geográfica sino fundamentalmente poblacional, porque se proyecta hacia las poblaciones territoriales. Esto se corrobora cuando el *inc. 19 párrafo tercero* indica que el congreso ha de promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de *provincias y regiones,* porque tampoco el destinatario final es el ámbito territorial, sino las personas que viven en él; o sea, nuevamente las poblaciones.

45. — Una manera especial y diferenciada de atender al *pluralismo poblacional* encontramos en el *inc. 17* sobre los pueblos indígenas.

Otros sectores de población son objeto también de protección especial en el *inc. 23 párrafo primero in fine* (niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad), y para el régimen de seguridad social en el mismo *inc. 23 párrafo segundo* (en favor del niño y de su madre).

La política demográfica

46. — No nos cabe duda de que la reforma de 1994 ha acentuado las pautas de *política demográfica.*

La política demográfica atiende a los fenómenos relacionados con la población dentro del territorio, abarcando su crecimiento vegetativo, las migraciones, la distribución poblacional, etc.

El paisaje recién esbozado en los nºs. 39, 44 y 45 lo acredita, para unirse con el art. 14 bis (en cuanto éste alude a la protección integral de la familia).

Los privilegios y recompensas

47. — El inc. 18 del art. 75, después de armar el repertorio de competencias que hemos citado en el nº 39, arbitra expresamente algunos medios para darles cumplimiento. A la mención de "leyes protectoras" de esos fines añade las "concesiones temporales de *privilegios* y *recompensas de estímulo*".

Esta alusión del inc. 18 puede servir para extenderla a favor de los fines que prevén otros incisos del art. 75; por ej., el 19 y el 23. Es fácil consentirlo cuando se compara el verbo "*proveer* lo conducente a...", que aparece en el inc. 18, con el mismo verbo "proveer" y con el verbo "promover", que el constituyente —antes y después de la reforma de 1994— ha utilizado varias veces.

Estamos frente a privilegios de *derecho público* que tienen base en la misma constitución y que las leyes están habilitadas a establecer en beneficio del *interés general* o público a favor de personas, empresas, etc. Por supuesto que deben tener un contenido *ético* y ser interpretados *restrictivamente*. Su carácter *temporal* está prescripto explícitamente.

Los principales privilegios son la *exclusividad*, el *monopolio*, y la *exención impositiva*. Como además la constitución habla de "recompensas de estímulo", queda espacio para conceder otras ventajas o franquicias, algunas de las cuales son más propias del derecho privado que del derecho público.

VII. LAS POLITICAS DE DERECHOS HUMANOS

El marco global

48. — Quizá no pueda recluirse en un casillero el tema de las competencias del congreso en materia de derechos humanos, porque en otras áreas que no se enderezan directamente a ese fin hay un tejido sutil que las vincula; no hay ámbito ni competencia dentro de la finalidad del estado democrático que pueda escabullir la conexión, porque tenemos harto dicho que la centralidad y mayor valiosidad de la persona humana se explaya por toda la constitución, comprendiendo también su parte orgánica.

No obstante, el *art. 75* contiene tres incisos claramente alusivos a los derechos humanos, que hacen de eje a otras numerosas menciones del orden democrático y del sistema democrático. Son los *incs. 22, 23 y 24.*

Para los *tratados e intrumentos internacionales de derechos humanos* del inc. 22, remitimos al Tomo I, cap. IX, acápite IV, y al Tomo II, cap. XXIX, nº 35.

En cuanto a los *tratados de integración* del inc. 24, la constitución fija entre las condiciones para que Argentina se haga parte de una organización supraestatal, la de respeto al orden democrático y a los

derechos humanos. (Ver Tomo II, cap. XXIX, acápite III).

Una norma específica: el inciso 23 del artículo 75

49. — Finalmente, el inc. 23 condensa políticas específicas. Su texto es uno de los más sugestivos e innovadores, al menos respecto de la "letra" de la constitución documental. Dice así:

"Legislar y *promover medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato,* y el *pleno goce y ejercicio de los derechos* reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de *seguridad social* especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia."

(La bastardilla es nuestra).

Es harto evidente que en esta norma hay una remisión explícita a la parte dogmática, y al inciso 22 del artículo 75, y que en el 23 se imprime una tónica indudable de *constitucionalismo social.*

Emplea dos verbos para señalar la competencia del congreso: *legislar* y *promover.* Promoción es movimiento hacia adelante: se "pro-mueven" los derechos cuando se adoptan las medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos. Y eso exige una *base real igualitaria,* que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza empece a que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva.

El congreso queda gravado con *obligaciones de hacer:* legislar y promover *medidas de acción positiva.*

Hay reminiscencias de normas que en el derecho comparado (caso de Italia y España, por ejemplo) y en nuestro constitucionalismo provincial obligan al estado a remover obstáculos impeditivos de la libertad y la igualdad de oportunidades y de la participación de todos en la comunidad.

El inciso no elude incorporar en su léxico a la *igualdad real de oportunidades y de trato,* y a continuación extender la acción promotora para el *goce pleno* y el *ejercicio de los derechos de la persona.*

¿Cuáles? Dice la norma: los reconocidos por *esta constitución* y por los *tratados internacionales* vigentes sobre derechos humanos. Y agrega: en particular respecto de los *niños*, las *mujeres*, los *ancianos* y las *personas discapacitadas*. Donde quiera haya o pueda haber una necesidad, una diferencia, una minusvalía, allí hay que reforzar la promoción de la igualdad real y de los derechos humanos.

50. — El segundo párrafo del mismo inciso, aun cuando alude a la *seguridad social*, puede entenderse como una prolongación del párrafo primero recién glosado.

El régimen de seguridad social a dictar, que se califica como *especial* e *integral*, está destinado a proteger al *niño en situación de desamparo*, desde el embarazo de la madre hasta finalizar el ciclo de enseñanza elemental. Igual protección debe cubrir a la *madre* durante su embarazo y el tiempo de lactancia. La cláusula especifica a la que el *art. 14 bis* dedica a la seguridad social.

VIII. EL INCISO 20

Su contenido

51. — El inc. 20 del art. 75 se refiere a la organización del poder judicial. En el breve enunciado que concede al congreso la competencia de "establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia" (correlativo del art. 108) se prevén tres aspectos implícitos: a) establecer los *órganos* de administración de justicia; b) distribuir la *competencia* entre los mismos, con sujeción al art. 116; c) dictar las *normas de procedimiento*. Con ello se cumple la obligación estatal de proveer a los justiciables del *derecho a la jurisdicción*.

El único órgano judicial directamente establecido por la constitución es la Corte Suprema, cuya composición queda librada a la ley. Pero la ley no puede añadir nuevos requisitos, fuera de los exigidos por el art. 111, para ser miembro de dicho tribunal, ni ampliar o disminuir la competencia originaria y exclusiva que le asigna el art. 117. En lo demás, la organización de las instancias y de los respectivos órganos queda a discreción del congreso.

52. — El mismo inciso dice que corresponde al *congreso crear* y *suprimir empleos, y fijar sus atribuciones.*

Esta facultad no incluye la de crear entidades descentralizadas y autárquicas dentro de la administración pública dependiente del poder ejecutivo, ya que a éste le pertenece en forma privativa.

53. — "Dar pensiones" se refiere, para nosotros, a los beneficios de carácter *graciable*, ya que las jubilaciones y pensiones comunes, si bien derivan de las respectivas leyes de la materia, son concedidas por actos de la administración.

54. — "Decretar honores" incluye, por práctica, la facultad de autorizar a los ciudadanos a aceptar condecoraciones otorgadas por estados extranjeros; nos parece absurdo involucrar en esta cláusula constitucional tal permiso. Que el congreso puede decretar honores significa, a nuestro juicio, que los honores "oficiales" los concede "motu proprio" a quien le parece y cuando le parece, pero no que dependa de su arbitrio autorizar o no a una persona para que a título personal y privado los reciba de otros gobiernos o entidades, nacionales o extranjeros.

La amnistía

55. — "Conceder amnistías *generales*" es disponer el *olvido o perdón* de delitos; el adjetivo *generales* significa que la medida no recae en un reo o individuo determinado, sino en muchos genéricamente, teniendo más en cuenta los hechos cometidos que las personas que los cometieron.

Tiene más amplitud y distintos alcances que el indulto (privativo del poder ejecutivo), ya que la amnistía *extingue la acción y la pena,* y reputa inocentes a los autores del hecho, pudiendo asimismo disponerse antes del proceso, pendiente el mismo, o después de concluido por sentencia firme.

La discrecionalidad del congreso debe moverse con prudencia y ética, y por razones de alto interés social. Además, no puede amnistiarse por delitos que están tipificados en la misma constitución.

Se suele aceptar que la "amnistía general" sólo puede cubrir delitos *políticos.* Pese a las importantes opiniones en tal sentido (de Joaquín V. González, por ej.), estamos en discrepancia. El texto de la constitución no alude a esa restricción. Cuando los delitos políticos han querido excluirse de la pena de muerte, la constitución ha insertado una cláusula expresa en tal sentido. En materia de amnistía no aparece la referencia, por manera que queda librado al criterio, a la prudencia, y a la ética política del congreso, otorgarla o no por delitos comunes.

La amnistía es una competencia paralela a la de "incriminar" y "desincriminar"; por ende, como ésta incumbe privativamente al congreso, pensamos que amnistiar es una facultad delegada al estado federal en cabeza del congreso. De ahí que las *amnistías provinciales sean,* para nosotros, *inconstitucionales.* (Cosa diferente ocurre con el indulto.)

56. — Las personas que quedan comprendidas y beneficiadas por una ley de amnistía titularizan y consolidan automáticamente un derecho "adquirido" a gozar de esa amnistía, razón por la cual estimamos que la derogación posterior de esa ley no puede retroactivamente privar de aquel derecho y hacer desaparecer los efectos de la amnistía que se deja sin efecto. Solamente es posible que decaiga el beneficio si en causa judicial se declara inconstitucional —y por ende inaplicable— la ley de amnistía.

IX. LAS RELACIONES CON EL PODER EJECUTIVO

57. — Por el *inc. 21* el congreso admite o desecha los motivos de la dimisión del presidente o vicepresidente de la república, y declara el caso de proceder a una nueva elección. Las demás relaciones están fuera del art. 75.

X. LAS RELACIONES CON LA IGLESIA CATOLICA

58. — Suprimidas en la reforma constitucional de 1994 las anacrónicas normas regalistas sobre el patronato, las órdenes religiosas, los documentos pontificios y conciliares, y la conversión de los indios al catolicismo, que figuraban en el anterior inc. 67 y cuya vigencia sociológica había decaído por el Acuerdo de 1966 con la Santa Sede, nada queda de ellas en el texto actual. (Ver Tomo I, cap. XI).

XI. EL ESTADO DE SITIO

59. — *El inc. 29* del art. 75 pone a cargo del congreso *declarar en estado de sitio* uno o varios puntos de la república en caso de *conmoción interior*. También *aprueba o suspende* a posteriori el estado de sitio declarado durante su receso por el poder ejecutivo. (Ver Tomo II, cap. XXV, nos. 25 a 31).

XII. LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Los límites internacionales

60. — El "*arreglo* de límites" previsto en el art. 75 inc. 15 parece que debe concluir siempre a través de un *tratado* con el estado limítrofe, o de *arbitraje* acordado en común.

(Dejamos ahora de lado la competencia global del congreso en materia de tratados, porque la que le incumbe cuando el tratado es de "límites" no difiere de la común a cualquier clase de tratados. Si el tratado es la vía final de arreglo de los límites, la competencia congresional sobre ese tratado no es exclusiva, porque al presidente de la república le pertenece la conclusión y firma del tratado.

61. — Cabe preguntarse si por ser el tratado la forma final y normal del arreglo de límites, la competencia del congreso que aquí examinamos ("arreglar" los límites internacionales) sólo consiste y se agota en intervenir en la etapa de aprobación de ese tratado.

Fijémonos que el art. 75 divide y distingue *dos* competencias: a) la *general* que le incumbe al congreso para *cualquier clase de tratado* (sea para aprobarlo o para desecharlo), una vez que lo ha firmado el poder ejecutivo y antes de que éste lo ratifique (en esta competencia se subsume la correspondiente a aprobar o rechazar los tratados de *límites)*; b) la *específica* de *"arreglar" los límites* con otros estados. Si esta última queda absorbida en la primera, no se comprende bien que la constitución contenga y mencione una facultad específica, propia y distinta para el "arreglo" de los límites internacionales. Sobraría el enunciado expreso de tal competencia si ella sólo fuera una atribución coincidente con la de aprobar los "tratados" de límites, por lo que estimamos que si el texto desdobla las competencias ha de ser porque cada una es distinta de la otra y no se identifican.

62. — De ser así, ¿qué puede hacer el congreso para "arreglar" los límites, *antes* de llegar al "tratado" de límites que, una vez firmado, tendrá que someterse a dicho órgano para que lo apruebe o lo deseche? Realmente es difícil imaginar que aquel arreglo pueda llevarse a cabo (previamente al tratado) por un cuerpo formado por dos cámaras y numerosas personas físicas. Sin embargo, si hemos de salvar el sentido y la intención de la norma, suponemos que el mentado arreglo exige que las tratativas conducentes a un tratado de límites internacionales se realicen con intervención del congreso, el que —por ej.— podría "imputar" a una comisión formada del seno de sus cámaras el encargo de la gestiones diplomáticas, con supervisión, pautas y control del mismo congreso. Y de arribarse exitosamente al tratado, el congreso ejercería (después de suscripto) la facultad aprobatoria o denegatoria.

63. — El problema más difícil de resolver se suscita si la gestión del congreso en el "arreglo" prospera, y luego el ejecutivo se niega a firmar el tratado. No hallamos óbice en afirmar que el tratado que pone término al "arreglo" efectuado por el congreso *debe ser obligatoriamente* firmado por el poder ejecutivo de acuerdo a las pautas del arreglo alcanzado (o sea, se convierte en una "obligación constitucional" del ejecutivo); y el congreso, que ya hizo el arreglo, tiene similar *obligación* de aprobar el tratado.

64. — Parar los *límites con el mar libre,* remitimos al Tomo I, cap. VII, nos. 13 a 17.

65. — También en relación con los límites, el *inc. 16* obliga al congreso a proveer a la *seguridad de las fronteras* como medida de defensa y de precaución, y si bien tal facultad se ejerce en el ámbito interno, por referirse a las fronteras guarda conexión con la política internacional.

Los tratados internacionales

66. — Remitimos al Tomo I, cap. I, nº 35, y Tomo II, cap. XXIX.

Los tratados de derechos humanos

67. — Es sabido que el art. 75 inc. 22 ha conferido *jerarquía constitucional directamente* a once instrumentos internacionales de derechos humanos, luego de lo cual habilita al congreso para depararla a otros. Dice así:

"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".

Literalmente, la norma alude a un *desdoblamiento de procedimiento:* a) primero, el congreso *aprueba* el tratado; b) después, *le otorga jerarquía constitucional.* Para la segunda etapa, se consigna un quorum especial agravado.

Nuestra interpretación es la siguiente:

a) si al momento de otorgar el congreso jerarquía constitucional a un tratado, éste ya se halla incorporado a nuestro derecho interno (lo que presupone que en su ocasión el congreso ya le dio la aprobación) parece que sólo hace falta para jerarquizarlo constitucionalmente que el congreso así lo decida con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara;

b) si el tratado que no ha sido aprobado todavía por el congreso y no se ha incorporado a nuestro derecho interno ha de recibir jerarquía constitucional, cabe un doble supuesto: b') que el congreso cumpla las dos etapas sucesivas a su cargo, o que, b") si en una sola etapa logra el número de votos requerido por el quorum agravado para alcanzar la jerarquía constitucional, el congreso confiera simultáneamente la aprobación y la jerarquía constitucional al tratado.

68. — Asimismo, entendemos que para conceder jerarquía constitucional a un tratado, el congreso no necesita que el poder ejecutivo

encargado de su firma y, luego, de su ratificación internacional, se lo solicite. Por ende, damos por cierto que la jerarquía constitucional corresponde a una *iniciativa* del congreso.

69. — Una última cuestión se suscita con tratados que *no son de derechos humanos* en su contenido integral, pero que contienen *alguna norma* específica sobre derechos humanos. Es tema opinable si a esa norma en particular se le puede conferir jerarquía constitucional, y en la duda optamos por interpretar que el congreso está en condición de hacerlo; se trata de dar preferencia a la verdad material por sobre la formal (ya que la verdad material radica en la naturaleza de la norma que se refiere a derechos humanos, en tanto la formal se atendría al dato de que no todo el tratado versa sobre tal materia).

Las represalias

70. — *El inc. 26* sufrió modificaciones con la reforma de 1994. En primer lugar se eliminó la competencia referida a las patentes de corso. En segundo lugar, la redacción actual alude a "*facultar* al poder ejecutivo para ordenar represalias", y mantiene la atribución de establecer reglamentos para las presas.

La guerra

71. — Remitimos al Tomo II, cap. XXV, nºs. 19 a 24, y en este Tomo III, cap. XL, nº 8.

XIII. LOS LIMITES INTERPROVINCIALES

72. — La norma que alude a los límites interprovinciales usa el verbo "fijar" en el *inc. 15* cuando atribuye la competencia al congreso (en vez del verbo "arreglar", que emplea al encarar los límites internacionales).

Remitimos al Tomo I, cap. VIII, nºs. 20 y 21.

73. — Mientras no están fijados los límites interprovinciales, es posible que en zonas litigiosas se planteen conflictos judiciales sobre cuestiones de diferente naturaleza (por ej., sobre descubrimiento y registro de yacimientos mineros, o sobre reivindicación de tierras), en las cuales cuestiones judiciales sea difícil —por no saberse a qué provincia pertenece ciertamente la zona— determinar cuál es el tribunal competente (si el de una provincia o el de otra). Ante tales cuestiones de competencia, la indefinición del límite interprovincial no puede impedir ni dilatar la radicación de causas judiciales ni el ejercicio del derecho a la jurisdicción como acceso a un tribunal competente. En último término, la

Corte ha de intervenir *no* para "fijar" el límite interprovincial, sino para señalar al *tribunal de qué provincia* le compete conocer en la causa. (Ver en tal sentido el fallo de la Corte del 6 de agosto de 1985 en el caso "Competencia Nº 366, Juez Int. de 1ª Instancia Civil y Comercial de Salta al Juez de Minas y Paz Letrada de Catamarca".) (Ver Tomo I, cap. VIII, nº 20 b).

XIV. LOS LUGARES SOMETIDOS A JURISDICCION FEDERAL

74. — Remitimos al Tomo I, cap. VIII, acápite VI.

XV. LA INTERVENCION FEDERAL

75. — El nuevo *inc. 31* vino a aclarar explícitamente la competencia del congreso en materia de intervención federal a las *provincias* o a la *ciudad de Buenos Aires,* atribuyéndosela con una norma nueva, y añadiendo que aprueba o revoca la decretada durante su receso por el poder ejecutivo.

De este modo se despeja toda duda en torno del art. 6º, que globalmente sigue consignando que el "gobierno federal" interviene en el territorio de las provincias. (Ver Tomo I, cap. VIII, acápite VII).

XVI. LOS PODERES MILITARES

76. — Remitimos al cap. XL.

XVII. LOS PODERES IMPLICITOS

Su concepto: el inciso 32 del art. 75

77. — Por fin, cerrando la enumeración del art. 75, su inc. 32 consagra los denominados poderes *implícitos.* Al congreso compete "hacer todas las *leyes y reglamentos* que sean *convenientes* para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente constitución al gobierno de la Nación Argentina".

La fórmula no deja lugar a dudas de que la constitución concede poderes implícitos, lo que equivale a afirmar que en la *distribución de competencias entre estado federal y provincias,* hay "delegación" implícita a favor del primero.

Los poderes implícitos "dentro" y "fuera" del inc. 32.

78. — La fórmula que usa el inciso comentado habla de "hacer todas las *leyes* y *reglamentos*...", lo que literalmente quiere decir que

los poderes implícitos aquí reconocidos son para *legislar,* y que se ejercen mediante actividad *legislativa.* De esta interpretación gramatical se podría inferir que *no* hay poderes implícitos del congreso cuando se pretende ejercerlos *sin* actividad legislativa. Ello no es exacto.

Es verdad que los poderes implícitos que "expresamente" cuentan con una norma a su favor en el inc. 32 han sido conferidos únicamente para *legislar,* pero fuera de esos poderes implícitos creemos que hay *"otros* poderes *implícitos"* (como sin norma escrita expresa los hay en el poder ejecutivo y en el poder judicial —tanto que la Corte Suprema los ha rescatado dentro de su competencia—). A estos "otros" poderes implícitos el congreso puede ejercerlos por *inherencia a toda su masa de competencias,* aunque allí no aparezca para nada su función legislativa.

En consecuencia, sugerimos hacer un *desdoblamiento* en los poderes implícitos del congreso: a) *para legislar,* hay una norma expresa (el inc. 32) que se los otorga; b) *para cumplir otras actividades no legislativas,* no hay norma expresa que los conceda, pero existen en virtud de toda la masa de competencias asignadas al congreso, en forma paralela y conducente a su ejercicio.

Los poderes implícitos en nuestro régimen

79. — Si la interpretación norteamericana ha sido favorable a la amplitud de los poderes implícitos, con mas razón parece adecuada a nuestro derecho constitucional del poder, en el cual la norma utiliza un adjetivo —"conveniente"— en vez de dos como en Estados Unidos —leyes "necesarias" y *convenientes*—. La regla de Cooley funciona perfectamente: la concesión de lo *principal* incluye lo que *incidentalmente* resulta *necesario* y *conveniente,* y sin lo cual esa concesión se tornaría ineficaz.

80. — Es indispensable advertir que al reconocerse los poderes implícitos para poner en ejercicio los poderes "antecedentes" del congreso, y *"todos los otros* concedidos" por la constitución *al gobierno federal,* la constitución no cercena la autonomía e independencia de los demás poderes; o sea, no otorga al congreso una competencia que permita lesionar la división de poderes ni intervenir en el área propia de competencia o en la zona de reserva de los otros.

Los poderes implícitos del congreso en relación con los gobiernos de provincia

81. — Como el inc. 32 otorga los poderes implícitos al congreso para poner en *ejercicio los otros concedidos por la constitución "al gobierno de la Nación* Argentina", queda algo por añadir porque, según las divisiones que efectúa y menciona el texto constitucional, "Autoridades *de la Nación"* son también (además del gobierno federal) los *gobiernos de provincia.* Quiere decir que para poner en ejercicio los poderes que el título segundo de la segunda parte de la constitución reconoce a los gobiernos provinciales y al de la ciudad de Buenos Aires, el congreso federal también inviste poderes implícitos.

Lo que hay que tener muy en claro es que tales poderes implícitos de un órgano del gobierno federal como es el congreso jamás pueden invocarse y asumirse en detrimento de las autonomías provinciales, sino —al contrario— en forma mesurada e indispensable para ayudar convenientemente a que los gobiernos de provincia puedan hacer efectivas sus competencias —tanto las reservadas como las concurrentes y las compartidas—.

Con la peculiaridad que tiene la *ciudad de Buenos Aires* mientras sea capital (art. 129), corresponde extenderle la misma afirmación.

Apéndice al capítulo XXXIV

CORRELACION ENTRE EL ANTERIOR ARTICULO 67 Y EL ARTICULO 75 ACTUAL

Artículo 67	**Artículo 75**
Inc. 1º	*Reformado*
Inc. 2º	*Reformado*
Inc. 3º	Pasa a ser 4º, *reformado*
	Inciso 3: *nuevo*
	Inciso 4: es el anterior inc. 3º, *reformado*
Inc. 4º	Pasa a ser 5º, *sin reforma*
Inc. 5º	Pasa a ser 6º, *reformado*
Inc. 6º	Pasa a ser 7º, *sin reforma*
Inc. 7º	Pasa a ser 8º, *reformado*
Inc. 8º	Pasa a ser 9º, *sin reforma*
Inc. 9º	Pasa a ser 10, *reformado*
Inc. 10	Pasa a ser 11, *sin reforma*
Inc. 11	Pasa a ser 12, *reformado*
Inc. 12	Pasa a ser 13, *sin reforma*
Inc. 13	Pasa a ser 14, *reformado*
Inc. 14	Pasa a ser 15, *sin reforma*
Inc. 15	Pasa parcialmente a ser 16, *reformado*
	Inc. 17: *nuevo*

Inc. 16	Pasa a ser 18, *sin reforma*
	Inc. 19: *nuevo*
Inc. 17	Pasa a ser 20, *reformado*
Inc. 18	Pasa a ser 21, *reformado*
Inc. 19	Pasa *parcialmente, y con reforma* a integrar el 22 *nuevo*
Inc. 20	*Suprimido*
	Inc. 22: *nuevo*
	Inc. 23: *nuevo*
	Inc. 24: *nuevo*
Inc. 21	Pasa a ser 25, *sin reforma*
Inc. 22	Pasa a ser 26, *reformado*
Inc. 23	Pasa a ser 27, *reformado*
Inc. 24	*Suprimido*
Inc. 25	Pasa a ser 28, *sin reforma*
Inc. 26	Pasa a ser 29, *sin reforma*
Inc. 27	Pasa a ser 30, *reformado*
	Inc. 31: *nuevo*
Inc. 28	Pasa a ser 32, *sin reforma*

ARTICULO 75 ACTUAL

Inc. 1º	*Reformado* (Corresponde al anterior inc. 1º del art. 67)
Inc. 2º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 2º del art. 67)
Inc. 3º	*Nuevo*
Inc. 4º	*Mantiene* el anterior inc. 3º del art. 67
Inc. 5º	*Mantiene* el anterior inc. 4º del art. 67
Inc. 6º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 5º del art. 67)
Inc. 7º	*Mantiene* el anterior inc. 6º del art. 67
Inc. 8º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 7º del art. 67)
Inc. 9º	*Mantiene* el anterior inc. 8º del art. 67
Inc. 10	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 9º del art. 67)
Inc. 11	*Mantiene* el anterior inc. 10 del art. 67
Inc. 12	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 11 del art. 67)
Inc. 13	*Mantiene* el anterior inc. 12 del art. 67
Inc. 14	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 13 del art. 67)
Inc. 15	*Mantiene* el anterior inc. 14 del art. 67
Inc. 16	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 15 del art. 67)
Inc. 17	*Nuevo*
Inc. 18	*Mantiene* el anterior inc. 16 del art. 67
Inc. 19	*Nuevo*
Inc. 20	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 17 del art. 67)
Inc. 21	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 18 del art. 67)

Inc. 22	*Nuevo* (corresponde parcialmente y con reforma al anterior inc. 19)
Inc. 23	*Nuevo*
Inc. 24	*Nuevo*
Inc. 25	*Mantiene* el anterior inc. 21 del art. 67
Inc. 26	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 22 del art. 67)
Inc. 27	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 23 del art. 67)
Inc. 28	*Mantiene* el anterior inc. 25 del art. 67
Inc. 29	*Mantiene* el anterior inc. 26 del art. 67
Inc. 30	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 27 del art. 67)
Inc. 31	*Nuevo*
Inc. 32	*Mantiene* el anterior inc. 28 del art. 67

CAPÍTULO XXXV

LA LEY

I. LA SANCIÓN DE LA LEY EN SU ASPECTO SUSTANCIAL. - Su noción. - La etapa exclusivamente congresional en el proceso de formación de la ley. - La ley. - La "forma" de ley en los actos del congreso. - *Las previsiones de la constitución.* - II. LA SANCIÓN DE LA LEY EN SU ASPECTO PROCESAL. - Su ubicación en el proceso de formación de la ley. - Los mecanismos constitucionales de la sanción de la ley. - *La cámara de origen.* - *La iniciativa popular.* - *La sanción en comisión.* - *La sanción mediante consulta popular vinculante.* - *El quorum especial.* - El control judicial de constitucionalidad sobre el procedimiento de sanción de la ley. - III. LAS PROHIBICIONES Y SUS EXCEPCIONES. - El sentido del principio prohibitivo. - La delegación legislativa. - *La naturaleza de la norma dictada con forma de decreto en virtud de la delegación.* - *La delegación a organismos administrativos.* - *¿Subsiste la delegación llamada "impropia"?* - *El control judicial.* - *La caducidad.* - *La sanción tácita.* - El trámite legislativo. - *A) La aprobación.* - *B) El rechazo.* - *C) Los proyectos adicionados o corregidos.* - *D) Los proyectos vetados.* - *D') La promulgación parcial de las leyes.* - *E) Qué es lo sancionado por el congreso.* - *F) La fórmula de la sanción.* - La derogación de las leyes. - IV. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DEL CONGRESO. - Las clases de leyes que dicta el congreso. - Las leyes "federales" o "especiales". - Las leyes de "derecho común". - *El código penal.* - *El código de comercio.* - La "federalización" del derecho común. - *Hipótesis de novación en la naturaleza de las leyes.* - El inciso 12 del art. 75 y la "reserva" de las jurisdicciones locales. - El art. 126 y la competencia provincial sobre el derecho común. - Las leyes locales del congreso. - Las leyes cuyo contenido queda condicionado por la constitución. - *Ejemplos de "opciones" legislativas.* - Las leyes "secretas". - Las leyes retroactivas y diferidas. - La legislación "de facto". - La "ilegalidad" de leyes del congreso y la colisión entre ellas. - V. LA COMPETENCIA DEL CONGRESO SOBRE DETERMINADAS LEGISLACIONES, Y SU NATURALEZA. - El código de derecho aeronáutico. - El código aduanero. - La ley de navegación. - La ley de bancarrotas, quiebras o concursos. - El derecho del trabajo y de la seguridad social. - Los tratados internacionales. - *Las leyes "reglamentarias" de los tratados internacionales.* - Las leyes reglamentarias de los derechos personales. - *La ley sobre derecho de réplica.* - *La ley sobre el jurado.* - El derecho ambiental. - El código rural. - El derecho de los recursos naturales. - La ley sobre partidos políticos y sistema electoral. - La ley sobre comunidades religiosas y libertad religiosa. - Las leyes sobre entidades colectivas. - La ley de educación. - La ley de universidades nacionales. - La legislación sobre los pueblos indígenas. - La ley de tránsito. - Otras leyes. - El derecho procesal constitucional. - La reglamentación legal del acceso a la jurisdicción federal.

I. LA SANCION DE LA LEY EN SU ASPECTO SUSTANCIAL

Su noción

1. — Al congreso se lo llama órgano legislativo o "poder legislativo", porque *legisla*. En el reparto orgánico y funcional que la técnica del poder efectúa, la función primordial y fundamental de este órgano es *emitir la ley*. Pero *no la función única*. El congreso, además de legislar, cumple funciones administrativas, realiza actividad genuinamente política, y a veces también jurisdiccional.

En segundo lugar, quiere decir que en la estructura de los órganos de poder, "*únicamente legisla* el congreso"; no lo hace el ejecutivo ni lo hacen los jueces.

Después de la reforma de 1994, las disposiciones de carácter legislativo que con forma de *decretos de necesidad y urgencia* dicta el poder ejecutivo, y los decretos también emanados de él por *delegación legislativa,* vienen precedidos por *prohibiciones* en los arts. 99 inc. 3º, y 76, respectivamente, y rodeados de un severo marco de excepcionalidad.

En tercer lugar, hoy se acentúa la necesidad de que el congreso, tanto en su función legislativa como en la que no lo es, asuma en plenitud el rol de *control* sobre el poder ejecutivo.

La etapa exclusivamente congresional en el proceso de formación de la ley

2. — El proceso legislativo de *formación de la ley* consta de *tres etapas* o fases:

a) la *iniciativa* o formulación del proyecto;

b) la *constitutiva* o de "sanción" del proyecto;

c) la de *eficacia,* o de promulgación y publicación de la ley.

La *iniciativa* puede provenir del seno del mismo congreso, o del poder ejecutivo y, con la reforma de 1994, también del cuerpo electoral en la forma prevista en el art. 39 de la constitución. (Ver nº 22).

La etapa *constitutiva,* consistente en la sanción del proyecto, está a cargo del congreso y transita por los cauces que regulan los arts. 78 a 84. Después de la reforma, también puede insertarse el mecanismo de la consulta popular previsto en el art. 40 de la constitución. (Ver nºs. 12 y 27).

La etapa de *eficacia* está a cargo del poder ejecutivo; en los casos en que la propia constitución dispone excepcionalmente que la promulgación sea automática, o que el proyecto sancionado no puede ser vetado, o que queda sancionado como ley (por ej., en los arts. 40 y 83) el margen de arbitrio de que dispone normalmente el ejecutivo en la etapa de eficacia se reduce mucho.

La ley

3. — La doctrina constitucional habla de *ley "material"* y *ley "formal"*, utilizando los rótulos que se suele adjudicar a las funciones del poder.

Para distinguir las funciones del poder se han intentado tres criterios: a) el *orgánico,* que consiste en definir la función por el "órgano" que la cumple; b) el *formal,* que consiste en definir la función por la "forma" del acto que exterioriza su ejercicio; c) el *material o sustancial,* que consiste en definir la función por el "contenido" o la esencia del acto, prescindiendo del órgano que lo emite y de la forma con que se reviste. Los dos primeros parecen, actualmente, demasiado simples, y casi han sido abandonados totalmente. El tercero, en cambio, merece acogida favorable.

La aplicación del criterio material a la legislación es la que permite distinguir la "ley" en sentido *material* de la "ley *formal*".

Es fácil decir que ley formal es todo acto al que el congreso le asigna el carácter y la denominación de ley, cualquiera sea su contenido material. En cambio, no es pacífico el concepto de *ley material,* porque los autores no coinciden en detectar la naturaleza propia que, por su contenido, reviste la legislación.

Cuando se bucea en el reconocimiento de esa naturaleza, dos teorías por lo menos entran en disputa: a) una dice que ley material es toda *norma de carácter general y obligatorio;* entonces, incluye en la categoría de ley material a los reglamentos del poder ejecutivo, y a los fallos plenarios; b) otra dice que ley material es solamente la *creación normativa* que da origen a un *derecho nuevo u originario,* o sea, a un derecho cuyo contenido no está determinado ni condicionado por otra producción jurídica superior dentro de las funciones del poder del estado (aunque sí lo esté fuera de ese poder por la *constitución,* cuya supremacía proviene del poder constituyente, o por los *tratados internacionales,* que son fuente extraestatal).

Por ende, la *función legislativa consiste únicamente en la creación normativa de carácter novedoso* u *originario,* y está radicada en el congreso, porque no hay otro órgano de poder que la tenga a su cargo. (Ver nos. 1 y 2).

4. — La creación de derecho nuevo se moviliza a cargo del congreso en la fase o etapa *constitutiva,* que consiste en la *sanción* del "proyecto" de ley. Para ser "ley" necesita la promulgación y publicación. (Para el supuesto de consulta popular, ver nos. 2 y 27).

La "forma" de ley en los actos del congreso

5. — Definida la ley en sentido material como creación de derecho nuevo u originario, salta a la vista que no coincide siempre con la ley formal, porque muchos actos del congreso emitidos con forma de ley no tienen naturaleza o contenido material de ley.

Como síntesis, ha de quedar en claro que: a) *solamente el congreso* ejerce la competencia de *legislar materialmente;* pero b) *no todas las competencias* a las que reviste con *forma de ley* son ley en sentido material.

6. — Una conducta ejemplarizada por el *derecho espontáneo* consiste en la expedición de todos los actos del congreso *con forma de ley.* El congreso cumple todos sus actos dictando leyes, es decir, con "forma de *ley*". Aparecen de este modo actos que por su *esencia, materia, contenido o sustancia, no son legislativos* (sino políticos o administrativos) pero que tienen *forma de ley.*

Es fácil entender que la "ley" formal es *sólo ley* (material) cuando *crea derecho nuevo.* Todo otro acto que no sea creación de derecho nuevo, aunque emane del congreso y tenga forma de ley, *no es materialmente una ley.*

Las previsiones de la constitución

7. — La constitución ofrece el siguiente panorama:

a) *solamente* prevé en forma expresa el procedimento para la *sanción de leyes,* pero

b) ninguna norma establece expresamente que todos los actos y competencias del congreso deben expedirse con forma de ley.

Si pasamos revista al articulado de la constitución, dentro y fuera del art. 75, vamos a saber que algunas normas imputan al congreso la función de "legislar", y otras utilizan verbos diferentes. Así, encontramos:

a) "admitir" y "erigir" provincias (art. 13);

b) "declarar" la necesidad de reforma constitucional (art. 30);

c) "someter" y "convocar" a consulta popular (art. 40);

d) "imponer" contribuciones (art. 4º y art. 75 inc. 2º); "decretar" y "contraer" empréstitos (art. 4º y art. 75 inc. 4º, respectivamente);

e) "establecer" y "modificar" asignaciones específicas (art. 75 inc. 3º);

f) "disponer" el uso y la enajenación de tierras (art. 75 inc. 5º);

g) "establecer" y "reglamentar" un banco federal (art. 75 inc. 6º);

h) "arreglar" el pago de la deuda, los correos, y los límites internacionales (art. 75 incs. 7º, 14, y 15, respectivamente);

i) "fijar" el presupuesto, los límites de las provincias, el valor de la moneda, y las fuerzas armadas (art. 75 incs. 8º, 11, 15 y 27, respectivamente);

j) "acordar" subsidios (art. 75 inc. 9º);

k) "reglamentar" y "hacer reglamentos" (art. 75 incs. 10, 26 y 32);

l) "reglar" el comercio (art. 75 inc. 13);

m) "reconocer", "garantizar", "regular", "asegurar" todo lo referente a los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17);

n) "proveer" y "promover" todo lo que señala el art. 75 incs. 16, 18 y 19;

ñ) "establecer" tribunales (art. 75 inc. 20);

o) "admitir o desechar", "aprobar o desechar" cuando hace referencia a las competencias del art. 75 incs. 21, y 22, respectivamente;

p) "autorizar" a declarar la guerra y hacer la paz (art. 75 inc. 25);

q) "facultar" para ordenar represalias (art. 75 inc. 26);

r) "permitir" la entrada de tropas extranjeras y la salida de las nacionales (art. 75 inc. 28);

s) "declarar" el estado de sitio, "aprobar o suspender" el declarado por el ejecutivo (art. 75 inc. 29);

t) "disponer" la intervención federal", "aprobar o revocar" la decretada por el ejecutivo (art. 75 inc. 31).

8. — Este es sólo un muestrario ejemplificativo del que surge que abundan los verbos y los sustantivos distintos a la mención expresa de la legislación.

Hay, en cambio, numerosas alusiones explícitas a la "ley" y a las "leyes", o a la "legislación", o al verbo "legislar", o a "dictar" las normas.

Es verdad que en la serie de verbos distintos a "legislar" que hemos citado, hay normas en las que se aclara que la competencia

se ejercerá mediante una ley o legislación; pero asimismo hay otras en las que se omite consignar que una determinada competencia deberá ejercerse dictando una ley.

9. — Cuando un acto del congreso carece materialmente de naturaleza legislativa, o cuando la competencia está atribuida mediante el uso de uno de los verbos distintos a los alusivos a la legislación, *el congreso no debería dictar una ley* ("formal"). La forma de ley habría de reservarse en exclusividad para los actos con sustancia de ley material.

Excepcionalmente, aunque se emplee acaso un verbo distinto a "legislar" debe dictarse una ley cuando el principio de legalidad así lo exige, como es el caso —por ejemplo— de la ley penal o la ley tributaria.

10. — Latamente se habla de *"reserva" de la ley* para cubrir competencias privativas del congreso. La expresión es válida en la medida en que se interprete que "reserva de la ley" abarca todas las citadas competencias, aunque no posean naturaleza material de ley o no hayan de ejercerse dictando una ley ("formal").

11. — Afirmar que el congreso no debería ejercer con forma de ley las competencias que carecen del contenido material de la legislación, abre la duda de saber mediante qué procedimiento ejercería esas competencias, ya que solamente —según anticipamos— la constitución prevé el de formación y sanción de las leyes.

No hallaríamos inconveniente en que, por analogía, el congreso utilizara el mismo procedimiento de las leyes cuando cumpliera competencias no legislativas con sus cámaras por separado, con lo que la diferencia sólo radicaría en que el acto no se denominaría "ley" ni se revestiría de la forma de una ley.

También, para ese mismo caso, el congreso dispondría de la opción para trabajar con ambas cámaras reunidas en conjunto.

II. LA SANCION DE LA LEY EN SU ASPECTO PROCESAL

Su ubicación en el proceso de formación de la ley

12. — El ejercicio de la función legislativa como etapa *o fase constitutiva* de la ley en el marco de la estructura de poder está a cargo del *congreso,* y transita *separadamente en cada cámara;* la cámara donde empieza el tratamiento del proyecto se llama "cámara *de origen*", y la otra se llama "cámara *revisora*".

Cuando en el proceso de formación de la ley se intercala una

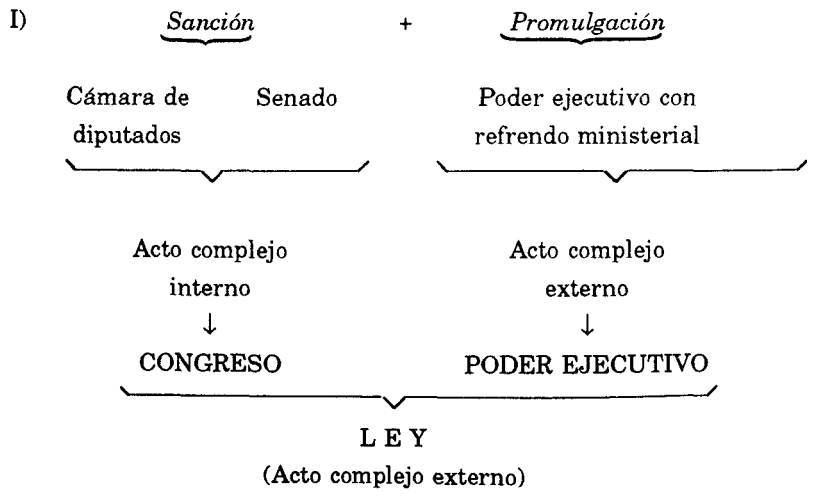
consulta popular vinculante, el cuerpo electoral —que *no* es un órgano del poder estatal— participa desde la sociedad con su voto afirmativo o negativo en el comicio, y si es afirmativo convierte en ley al proyecto consultado. (Ver nº 27).

13. — Cada cámara aprueba por sí el proyecto, siguiendo los mecanismos previstos en los arts. 78 a 84. Lograda tal aprobación en las dos, el proyecto queda *sancionado,* usándose para la sanción la fórmula establecida en el art. 84: "El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en congreso ... decretan o sancionan con fuerza de ley". (Ver nº 56).

14. — La *sanción* del proyecto de ley es un *acto complejo,* porque requiere el concurso de *dos órganos,* que son *cada* una de las cámaras. Acto complejo *interno o intraórgano,* porque concurren a formarlo las voluntades de órganos —cámaras— que pertenecen a un mismo órgano —congreso—. Y todavía más: a este acto complejo de la sanción de la ley se le añade, en la *etapa de eficacia,* la voluntad de otro órgano —poder ejecutivo con refrendo ministerial— que *promulga* la ley, con lo que la *ley* también es un acto complejo *interórganos* o externo, ya que concurren las voluntades del *congreso* y del *poder ejecutivo.*

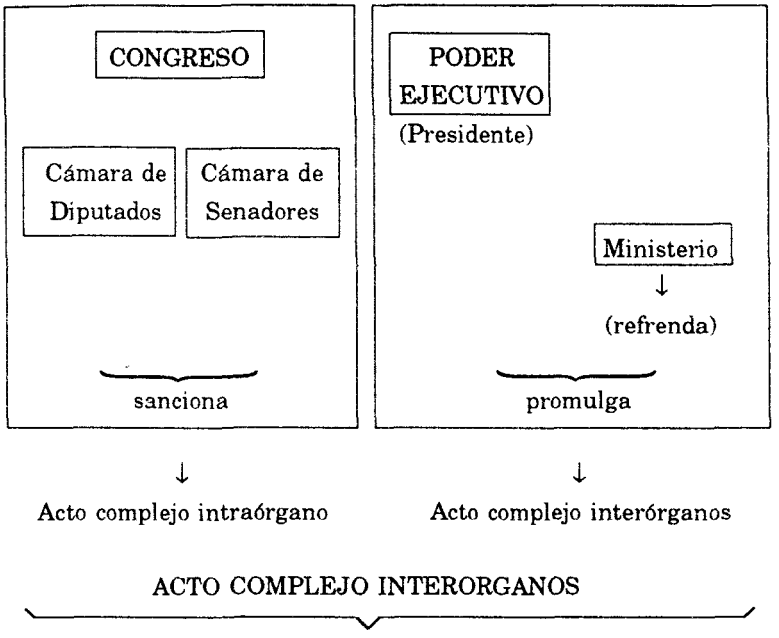
En el caso de *consulta popular,* concurre desde la sociedad la decisión del cuerpo electoral participante, que integra al acto estatal con una voluntad ajena al aparato gubernativo. (Ver nº 27).

15. — Los esquemas simplificados serían los siguientes:



II)

L E Y



16. — Los esquemas con participación del electorado por *consulta popular* serían los siguientes:

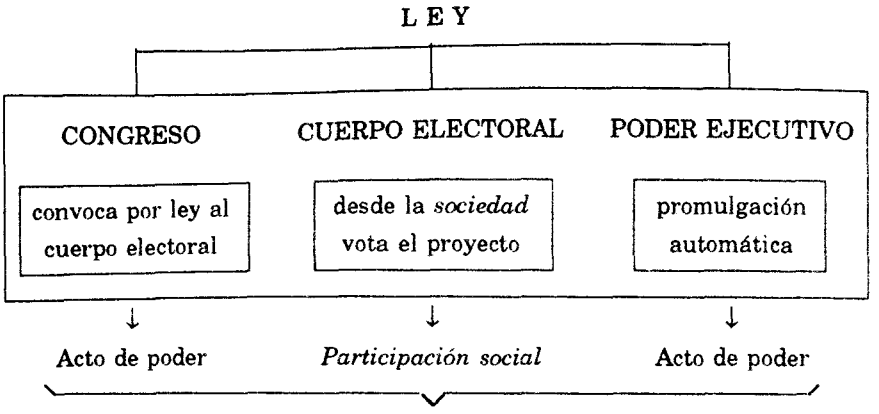
II) *Sanción* + *Promulgación*

CONGRESO + CUERPO ELECTORAL — PODER EJECUTIVO

Acto de poder con *participación social* — Acto de poder

L E Y

III)



INTERCALACION DE LA DECISION ELECTORAL
EN LOS ACTOS DE PODER

17. — Cuando se trata de una *consulta popular "no vinculante"*, pensamos que la intervención no obligatoria del cuerpo electoral convocado al comicio por el congreso habría de ser *previa a la sanción,* porque cumplida ya ésta carecería de objeto y sentido inquirir la opinión al electorado en la etapa constitutiva de la ley, que ya estaría agotada. (El poder ejecutivo que debe cumplir con la etapa de eficacia promulgando o vetando el proyecto sancionado por el congreso, podría a su vez convocar a consulta popular no vinculante —si no lo hubiera hecho el congreso, porque de existir una consulta anterior emanada de este último, y aun cuando de efecto no vinculante, no tendría demasiado sentido reiterarla a efectos de promulgar o vetar el proyecto sancionado—).

Los mecanismos constitucionales de la sanción de la ley

18. — En el procedimiento de *formación y sanción de las leyes* que ahora regulan los artículos 77 a 84, hay algunas innovaciones respecto de la constitución antes de su reforma. Las encontramos en los artículos 77, 79, 80, 81, 82 y 84. Los actuales artículos 78 y 83 no han modificado a los que eran 68 y 72.

Los cambios recaen desde el señalamiento de la *cámara de ori-*

gen, hasta el derrotero del proyecto en su *tránsito* por las dos cámaras, y su *promulgación* o su *veto,* más el veto parcial y la promulgación parcial.

Sin entrar al detalle en la explicación de las distintas etapas del procedimiento, cabe señalar que el art. 81 imprime un *trámite más acelerado* que el que antes estaba en vigor; el 79 introduce la novedad de la *aprobación en particular* del proyecto por *comisiones* de las cámaras; se *prohíbe* la *sanción tácita* en el art. 82; y se ha reglamentado la posible *promulgación parcial* en el art. 80.

19. — La tónica que puede reconocerse tiende a proporcionar mayor *eficacia* y mayor *rapidez,* en conexidad con la *ampliación del período ordinario de sesiones,* que el art. 63 ha fijado entre el 1º de marzo y el 30 de noviembre, ampliando suficientemente el que existía entre el 1º de mayo y el 30 de setiembre en cuatro meses más, y aclarando algo que siempre tuvimos por cierto sin necesidad de reforma: que ambas cámaras pueden reunirse por sí mismas para comenzar el período ordinario aunque acaso el presidente de la república no haga su apertura formal.

20. — Asimismo, ya vimos (nos. 2, 12, 22 y 27) que los arts. 39 y 40 han introducido en el proceso de formación de la ley dos formas de *participación social* posible, que son la *iniciativa legislativa popular* y la *consulta popular.* Ambas intercalan al cuerpo electoral —que *no* es un órgano de poder— como sujeto auxiliar del estado para el mecanismo legislativo. (Ver Tomo II, cap. XXIII, acápite VI).

La cámara de origen

21. — El art. 77 establece:

"Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución."

El nuevo texto no consigna directamente la mención específica de esas *excepciones,* que ahora sobrepasan a las dos tradicionales previstas en el art. 44 del texto anterior, mantenidas en el actual art. 52.

Es bueno entonces clarificar la norma de los arts. 52 y 77, y agrupar las leyes que en virtud de otros artículos *deben iniciar su tratamiento en una cámara determinada;* o sea, las que no pueden tener a cualquiera de ellas como cámara

de origen para iniciar el tratamiento del proyecto.

Son las siguientes:

a) leyes sobre contribuciones (igual que antes); en cámara de *diputados;* ver el *art. 52;*

b) leyes sobre reclutamiento de tropas (igual que antes); en cámara de *diputados;* ver el *art. 52;*

c) leyes cuyos proyectos son propuestos por ciudadanos en ejercicio del derecho de iniciativa previsto en el art. 39; en cámara de *diputados;* ver el *art. 39;*

d) leyes mediante las cuales el congreso decida someter un proyecto de ley a consulta popular, conforme al art. 40; en cámara de *diputados;* ver el *art. 40;*

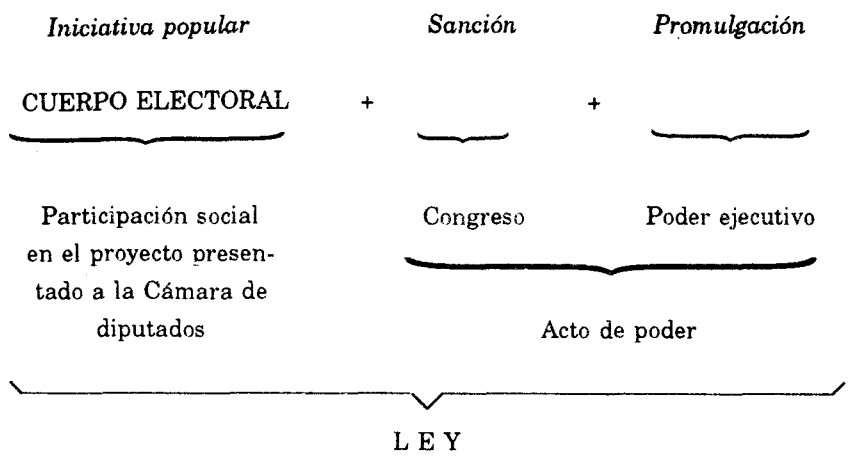
e) ley-convenio entre el estado federal y las provincias que instituye el régimen de coparticipación impositiva, conforme al art. 75 inc. 2º; en cámara de *senadores;* ver el *art. 75 inciso 2º;*

f) leyes que proveen al crecimiento armónico de "la nación" y al poblamiento de su territorio, y que promueven políticas diferenciadas para equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones conforme al art. 75 inc. 19; en cámara de *senadores;* ver el *art. 75 inciso 19.*

La iniciativa popular

22. — Conviene también agregar que cuando el art. 77 reproduce en su comienzo la misma frase que leíamos en el anterior art. 68 —"las leyes pueden tener principio... por proyectos presentados *por sus miembros o por el poder ejecutivo*"— ha omitido remitirse al art. 39 que, al consagrar el *derecho de iniciativa de los ciudadanos* para presentar proyectos de ley, añade una tercera posibilidad a las otras dos, con tanto énfasis que, para el caso, impone la obligación al congreso (que no existe cuando el proyecto tiene origen en legisladores del cuerpo o en el ejecutivo) de dar tratamiento expreso al proyecto proveniente de iniciativa popular dentro del plazo de doce meses. (Ver Tomo II, cap. XXIII, nºs. 55 a 58).

III) El esquema sería el siguiente en el supuesto de iniciativa legislativa popular:



La sanción en comisión

23. — El art. 79 dice:

"Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede *delegar en sus comisiones* la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario."

(La bastardilla es nuestra).

La mal llamada "delegación" de una cámara en sus comisiones para la aprobación en particular de un proyecto de ley —que por darse dentro de un mismo órgano no es delegación sino "*imputación* de funciones"— ya había sido objeto de análisis por la doctrina, parte de la cual consideraba que con la constitución antes de la reforma, y pese a su silencio, estaba habilitada.

Ha de quedar en claro que la aprobación de un proyecto *en general* no puede transferirse a las comisiones porque sólo está permitido que las cámaras les "deleguen" la aprobación *en particular*.

24. — Un punto dudoso aparece en la norma cuando dice que la cámara delegante puede *dejar sin efecto* la delegación y *retomar* el trámite ordinario, porque ha quedado en silencio la especificación del momento hasta el cual la cámara está facultada para reasumir su competencia a efectos de tratar en el pleno el proyecto en particular.

Interpretamos con facilidad que la reasunción del trámite ordinario sólo es viable mientras el proyecto en particular no ha tenido aprobación en la comisión a la que se le ha delegado; y si la delegación se ha efectuado a varias, basta que una lo haya aprobado para que ya la cámara no pueda retomar el trámite para sí.

25. — Asimismo comprendemos que la aprobación en comisión viene adjudicada a una decisión de *cada* cámara, por lo que un mismo proyecto puede recibir tal mecanismo sancionatorio en la que así lo resuelve, y no tenerlo en la otra.

26. — Por último, el art. 79 estipula mediante qué quorum las comisiones pueden dar aprobación al proyecto, lo que hace pensar qué ocurre cuando el proyecto es alguno de los que de acuerdo con otras disposiciones de la constitución necesitan de un *quorum agravado*.

A nuestro criterio, el quorum de la mayoría absoluta del total de miembros de la comisión que habilita el art. 79 es el que rige para proyectos *comunes*, pero cuando se trata de una ley que requiere un *quorum mayor* por expresas cláusulas constitucionales, se ha de trasladar esa exigencia al supuesto de la aprobación en comisión. De lo contrario, el agravamiento del quorum que la constitución considera necesario para determinadas leyes se podría burlar fácilmente con solo decidir las cámaras que la aprobación en particular quedara delegada a sus comisiones.

La sanción mediante consulta popular vinculante

27. — En parágrafos anteriores ya aludimos a este mecanismo del nuevo art. 40, que queda librado a la decisión del congreso, por iniciativa de su cámara de diputados, con la característica de que la ley de convocatoria a consulta popular no puede ser objeto de veto.

Cuando en el acto electoral el *cuerpo electoral* —que *no* es un órgano del poder estatal— *vota afirmativamente* el proyecto que se le ha sometido a consulta vinculante, *ese proyecto queda automáticamente convertido en ley,* y también su promulgación es automática.

La novedad reside en que, a impulso del congreso, la *sanción* que es competencia suya en la *etapa constitutiva* recibe, en caso de voto afirmativo, la *participación* que desde la *sociedad* le adosa el electorado, con repercusión en la *etapa de eficacia,* ya que la *promulgación es automática.*

El quorum especial

28. — Diversas normas han especificado en el nuevo texto un quorum especial o agravado para las decisiones propias de las cámaras del congreso, tanto relativas a competencias privativas como a las comunes a ambas.

Así:

a) El art. 39 prevé que la ley reglamentaria del derecho de *iniciativa popular legislativa* (pero no cada proyecto que en ejercicio del mismo se presenta) habrá de sancionarse con el voto de la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

b) El art. 40 fija *igual quorum* de votos favorables para la sanción de la ley reglamentaria de la *consulta popular* (pero no para cada ley por la que se somete un proyecto a consulta popular);

c) El art. 75 inc. 2º párrafo cuarto consigna que la *ley-convenio* en materia impositiva necesita aprobarse con la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

d) El art. 75 inc. 3º prescribe *igual quorum* de votos favorables para establecer y modificar *asignaciones específicas* de recursos coparticipables;

e) El art. 75 inc. 22 se diversifica así: e') para *denunciar* uno o más *instrumentos internacionales* de los que taxativamente enumera como investidos de jerarquía constitucional, hace falta que con anterioridad a la denuncia que le compete al poder ejecutivo el congreso la apruebe con *dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara;* e") *igual quorum* de votos favorables se necesita para que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos (fuera de los que directamente han recibido jerarquía constitucional)

gocen en el futuro del mismo rango de la constitución (debe recordarse que para esta hipótesis el inc. 22 también agrava el procedimiento, porque es menester que primero el tratado sea aprobado, y luego se le otorgue jerarquía constitucional —a menos que, según interpretamos, ya la aprobación alcance el quorum exigido para obtener esa jerarquía—);

f) El art. 74 inc. 24 se diversifica así: f') los *tratados de integración supraestatal* con estados de Latinoamérica han de aprobarse con el voto de la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;* f") cuando tales tratados se celebren con otros estados no latinoamericanos, el mecanismo se desdobla: primero la declaración de conveniencia ha de aprobarse por la *mayoría absoluta de los miembros presentes en cada cámara,* y después de transcurridos ciento veinte días de ese acto declarativo el tratado tiene que ser aprobado por la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;* f"') la *denuncia* de cualquier tratado de integración —que está a cargo del poder ejecutivo— requiere la aprobación previa por *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

g) Al haberse incorporado por ley 24.430 como segundo párrafo del art. 77 el que fue artículo "perdido" 68 bis, hay que añadir que las leyes modificatorias del *régimen electoral y de partidos políticos* deben aprobarse por mayoría absoluta del total de miembros de las cámaras;

h) El art. 79 establece que: h') después de aprobarse un proyecto en general en el congreso, cada cámara puede *delegar* (debe decirse: imputar) en sus comisiones la aprobación en particular de ese proyecto, con el voto de la *mayoría absoluta del total de sus miembros;* h") con *igual quorum* cada cámara puede dejar sin efecto esa delegación; g"') con *igual quorum* cada comisión aprueba el proyecto encomendado por la cámara de su pertenencia (ver n$^{os.}$ 23 a 26);

i) El art. 81 prevé hipótesis de quorum de votos en el *proceso común* de sanción de las leyes que en su trámite han tenido adiciones o correcciones; las mayorías allí fijadas son: i') *mayoría absoluta* de los presentes, o i") *dos terceras partes de los presentes,* según las hipótesis que el artículo regula;

j) El art. 85 consigna que la ley reglamentaria de la *Auditoría General de la Nación* tiene que ser aprobada por la *mayoría absoluta*

de los miembros de cada cámara;

k) El art. 86 prescribe que la designación y remoción del *Defensor del Pueblo* a cargo del congreso ha de efectuarse con el voto de *dos terceras partes de los miembros presentes de cada cámara;*

l) El art. 99 inc. 3º párrafo cuarto, al regular el trámite a que quedan sujetos los *decretos de necesidad y urgencia* dictados por el poder ejecutivo, establece que la intervención final del congreso será reglamentada en su trámite y en sus alcances por una ley que precisa ser aprobada con el voto de la *mayoría absoluta sobre la totalidad de miembros de cada cámara;*

m) El art. 99 inc. 4º prevé que el *acuerdo del senado* para la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia debe prestarse con el voto de *dos tercios de miembros presentes* de la citada cámara;

n) El art. 101 contempla dos situaciones respecto del *jefe de gabinete* de ministros: n') para ser interpelado a los fines de una moción de censura hace falta el voto de la *mayoría absoluta sobre la totalidad de miembros de cualquiera de las dos cámaras del congreso;* n") para ser removido es menester el voto de la *mayoría absoluta de miembros de cada una de las cámaras;*

o) El art. 114 dispone que la ley reglamentaria del *Consejo de la Magistratura* tiene que sancionarse con la *mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara;*

p) En la misma ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura —y, por ende, con *igual quorum* de votos— se determinará la integración y el procedimiento del *jurado de enjuiciamiento* para la remoción de los jueces federales de instancias inferiores a la Corte Suprema.

El control judicial de constitucionalidad sobre el procedimiento de sanción de la ley

29. — El procedimiento o trámite parlamentario que la constitución prevé para la sanción de las leyes no puede en modo alguno —según nuestro punto de vista— eximirse de control judicial de constitucionalidad. El derecho judicial que considera a la cuestión como una *cuestión política no judiciable* está equivocado. Es imposible alegar que se trata de una facultad privativa de las cámaras, o que son éstas las que en forma exclusiva interpretan y aplican la

constitución en orden a la formalidad del procedimiento legislativo.

Tales argumentos se desbaratan muy fácilmente no bien se piensa que si una ley puede y debe ser declarada inconstitucional en cuanto a su *contenido,* también puede y debe serlo cuando se ha sancionado transgrediendo las normas que la constitución prescribe para su *trámite,* porque cualquiera comprende que una ley "sancionada" defectuosamente no es una ley "sancionada" en la forma que la constitución exige.

III. LAS PROHIBICIONES Y SUS EXCEPCIONES

El sentido del principio prohibitivo

30. — La constitución reformada ha incluido *tres prohibiciones* antes inexistentes pero, luego de formularlas normativamente, ha añadido las respectivas *excepciones.*

Se trata de:

a) *la delegación legislativa* a favor del poder ejecutivo (art. 76);

b) *la emisión por el poder ejecutivo de disposiciones de carácter legislativo* (art. 99 inc. 3º párrafo segundo);

c) *la promulgación parcial* de leyes por el ejecutivo (art. 80).

Hay *otra prohibición* diferente a estas tres, que se dirige exclusivamente al congreso, sin relación alguna con el poder ejecutivo. Es la del art. 82 sobre la *sanción tácita o ficta* de las leyes.

31. — No vamos a discutir si ha sido mala técnica comenzar una norma consignando enfáticamente una prohibición para, de inmediato, ablandar —mucho o poco— esa misma prohibición con excepciones que, a juicio de algunos, la desvirtúan. En cambio, sí hemos de señalar que tales excepciones han de recibir una *interpretación sumamente estricta* para no desvirtuar el principio general prohibitivo. Ello nos da pie, a la vez, para afianzar la necesidad de que los *controles políticos* y el *control judicial de constitucionalidad* no se inhiban sino que, al contrario, se ejerzan en plenitud e intensamente, a efectos de que las excepciones no se utilicen para burlar las prohibiciones.

La delegación legislativa

32. — El art. 76 dice:

"Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de *administración* o de *emergencia pú-*

blica, con *plazo* fijado para su ejercicio y dentro de las *bases* de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa."

(La bastardilla es nuestra).

33. — La excepción permisiva viene concedida para *"materias* determinadas de *administración"* o de *"emergencia pública".* Las expresiones son harto vagas y muy poco concisas, por lo que tememos que se las invoque en demasía con cualquier pretexto y con escasa precisión.

En efecto, *materias de "administración"* viene a abrir un espacio amplísimo donde toda la doctrina iuspublicística encuentra dificultades para demarcar con seguridad y caso por caso qué es y qué no es "administración" —o, acaso, función administrativa— Por otro lado, la norma dice "materias *determinadas* de administración", y el adjetivo "determinadas" tampoco esclarece si es la ley la que debe señalar cuáles son esas materias determinadas o si, en cambio, lo que se ha querido puntualizar es que no cabe una delegación "global" en materia administrativa porque, al contrario, cada materia de administración que se delega exige una ley independiente que la pormenorice.

Lo de *"emergencia* pública" tampoco exhibe claridad. La doctrina de las emergencias ha sido usada y abusada en nuestra praxis constitucional, y guarda parentesco con las llamadas *situaciones de excepción.* ¿Será o no afín a las "cicunstancias excepcionales" aludidas en el art. 99 inciso 3º cuando viabiliza los decretos de necesidad y urgencia? Si acaso los artículos 76 y 99 inciso 3º están atendiendo a una misma situación para excepcionar prohibiciones genéricas y para permitir, en el primero, la delegación del congreso en favor del ejecutivo, y en el segundo para dejarle al ejecutivo la facultad de suplir directamente al congreso por sí mismo, la cuestión se nos complica demasiado.

Por eso, creemos que no es razonable suponer que la constitución deja opción libre para usar la delegación legislativa o los decretos de necesidad y urgencia en las mismas situaciones, ni para imaginar que son remedios alternativos a emplear por las mismas causas.

34. — Tampoco se aclara en el art. 76 qué significa delegar "dentro de las *bases"* que el congreso establezca. Esas bases bien podrían surgir de una ley genérica que el congreso dictara anticipadamente para todos los casos en *reglamentación global* al art. 76, o apuntar

a la obligación de que, de dictarse o no esa ley, siempre *cada ley de delegación* concreta hubiera de cumplir con el señalamiento de bases determinadas para el caso concreto.

Las normas dictadas con habilitación del congreso por el poder ejecutivo han de adoptar la forma de *decretos,* porque el inc. 12 del art. 100 otorga al jefe de gabinete de ministros la competencia de "refrendar los *decretos* que ejercen facultades delegadas por el congreso". A su vez, el inciso recién citado agrega que dichos decretos estarán sujetos al *control de la Comisión Bicameral Permanente* del congreso, pero no se determina con qué alcance y efectos se ejerce tal control. La alusión genérica que en el primer párrafo del art. 100 se hace a la ley especial sobre número de ministros y su competencia, permite entender que el tema cabe dentro de las regulaciones a cargo de esta ley especial, pero siempre queda intacta la caducidad automática que contempla el art. 76 in fine.

La naturaleza de la norma dictada con forma de decreto en virtud de la delegación

35. — Aun cuando la norma que por delegación dicta el poder ejecutivo tiene formalidad de *decreto,* interesa saber cuál es su *naturaleza material.* A nuestro juicio, tiene *naturaleza material de ley* y es expresión de la función legislativa delegada, porque el decreto que dicta el ejecutivo equivale a la ley que el congreso, al delegarle la función, se ha abstenido de dictar por sí mismo.

Una vez que se coincide en reconocer al decreto emanado por delegación legislativa la naturaleza material de la ley, es preciso reconocer —a gusto o a disgusto de quien valora la cuestión— que el principio de *división de poderes* ha venido a *atenuarse* con la reforma.

En resumen, el principio de "reserva de la ley" ha cobrado un matiz diferente al que le atribuíamos antes de 1994.

La delegación a organismos administrativos

36. — La circunstancia de que el art. 76 aluda a delegación legislativa *en el poder ejecutivo* —tanto en la prohibición genérica como en la autorización excepcional— impide que se realice directamente a favor de *organismos de la administración* pública que componen la estructura dependiente del ejecutivo.

Ello no es posible, por la sencilla razón de que si en el art. 100 inciso 12 se prevé para el caso la formalidad de un decreto, es obvio que éste tiene que emanar del poder ejecutivo, ya que los órganos

administrativos no dictan sus resoluciones ni adoptan sus decisiones con forma de decreto.

¿Subsiste la delegación llamada "impropia"?

37. — Hasta la reforma constitucional, el texto histórico solía interpretarse como absolutamente prohibitivo de la delegación legislativa porque, a tenor de una antigua fórmula, cuando la constitución asigna claramente una competencia a un órgano determinado, prohíbe implícitamente a los restantes que ejerzan dicha competencia.

No obstante, desde tiempo atrás la Corte Suprema elaboró el standard de la *delegación "impropia"*, y la tuvo por constitucionalmente válida en cuanto consideró que no era una transferencia lisa y llana de la competencia legislativa del congreso a favor del poder ejecutivo, sino una *reglamentación* que éste hacía a una ley de marco genérico, cuya pormenorización *reglamentaria* crecía en dimensión recíproca a la aludida generalidad de la ley. (Ver cap. XXXVIII, nº 25).

Además, esta delegación impropia fue reconocida no sólo a favor del poder ejecutivo, sino a organismos administrativos.

38. — Con este recordatorio previo nos preguntamos: ¿la delegación que el art. 76 habilita es esa delegación "impropia" que el derecho judicial reputó compatible con la constitución de 1853-1860?; ¿o la delegación que expresamente se autoriza es la delegación "plena" que antes se reprochaba como inconstitucional? Y para cerrar el interrogatorio: ¿la delegación hasta 1994 calificada como impropia sigue subsistiendo implícitamente en el nuevo texto, o al preverse la plena en el art. 76 la impropia queda vedada o, acaso, ha sido absorbida en dicho artículo y tiene que regirse por él?

No es fácil que normas tan recientes permitan arriesgar opiniones definitivas sobre el tema, no obstante lo cual nos atrevemos a responder.

39. — La delegación que prevé la nueva norma del art. 76 *no* es la que se llama *impropia*, sino la que en el ámbito de la constitución antes de 1994 fue considerada vedada, e inconstitucional, por representar una transferencia lesiva del principio divisorio. La delegación impropia no es —ni era— delegación verdadera cuando se encuadra en su perímetro severo, que debe —en primer lugar— merecer señalamiento de la política general que el congreso adopta y traza para la materia específica en una ley marco o genérica y, además, implicar únicamente un ensanchamiento de la facultad reglamentaria que es normal en el ejecutivo respecto de las leyes.

Con este contorno, la prohibición global de delegación legislativa del art. 76 *no alcanza a inhibir en el futuro la tradicional delegación impropia,* que puede darse por subsistente después de la reforma, y sin encuadre en dicho artículo nuevo.

40. — Nuestra síntesis es ésta: a) la delegación excepcionalmente autorizada por el art. 76 corresponde a la que "plena" que antes de la reforma se hallaba implícitamente *prohibida* y, de haberse llevado a cabo, era *inconstitucional;* b) la delegación que se denominaba impropia no ha quedado prohibida, ni encuadrada en el art. 76, y puede en el futuro tener cabida como antes dentro del perímetro que le trazó la jurisprudencia de la Corte Suprema; por ende b') la delegación impropia no precisa que el congreso se restrinja a las materias ni al plazo que estipula el art. 76.

El control judicial

41. — Adictos como somos al control judicial de constitucionalidad, hemos de añadir que en orden a la delegación regulada por el art. 76 no debe retraerse. El hecho de que el art. 100 inciso 12 consigne que los decretos que se dictan en ejercicio de facultades delegadas por el congreso quedan sujetos a control de la Comisión Bicameral Permanente —que es un control político— *no inhibe el control judicial.*

Su campo es amplio; en primer lugar, el contenido material del decreto se somete a revisión judicial como el de cualquiera otra norma jurídica, sea cual fuere su naturaleza y su autor; en segundo lugar, tiene que abarcar otros aspectos para fiscalizar si la materia es de "administración" o de "emergencia pública"; si viene fijado el plazo de la delegación —y si su transcurso ha producido la caducidad del decreto—; si la norma del ejecutivo respeta el marco delimitado por el congreso al establecer las bases de la delegación; si la formalidad impuesta por el art. 100 inciso 12 se ha cumplido, etc.

La caducidad

42. — Fuera de la numeración del articulado nuevo, la reforma incluye en sus disposiciones transitorias la señalada como octava, que dice así:

"La legislación delegada *preexistente* que no contenga plazo establecido para su ejercicio *caducará a los cinco años* de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la nación ratifique expresamente por una nueva ley.

(Corresponde al art. 76.)"

(La bastardilla es nuestra).

Atento la referencia que antes hicimos a la delegación impropia, hemos de interpretar que esta caducidad prevista para la legislación delegada preexistente plantea como nueva duda la de si alcanza también a aquel tipo de delegación, o sólo se circunscribe a la que *inconstitucionalmente,* como delegación *plena,* se hubiera efectuado hasta el 24 de agosto de 1994.

En caso de contestarse que la normativa ya dictada por el poder ejecutivo en el margen de una delegación impropia no fue ni es contraria a la constitución —tanto antes como después de la reforma— habrá que conceder que esa normativa *no caducará* en 1999. Es nuestra tesis. Quienes estimen que la cláusula transitoria la abarca, habrán de responder que el plazo de caducidad la destituirá de vigencia en esa fecha.

Con una posición y con otra, resta decir que toda normativa dictada *inconstitucionalmente* con antelación a la reforma por habilitación de una *delegación plena,* ha adquirido *validez* por los cinco años posteriores a 1994 en razón de que la cláusula transitoria octava implica consentir tal subsistencia temporal, lo que a nuestro criterio significa que el vicio originario que la afectó hasta ahora queda transitoriamente purgado y desaparecido.

La sanción tácita

43. — El art. 82 dice: "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta."

Esta nueva norma exige, mediante la prohibición que consigna, que la *sanción* de cada cámara sea *expresa;* o sea que mediante el silencio no puede presumirse que las cámaras prestan aprobación a un proyecto de ley.

Es de notar que mientras se descarta la sanción tácita, la constitución admite en su art. 80 la *promulgación tácita* por el poder ejecutivo, que se produce sin necesidad de acto presidencial alguno cuando el proyecto no es vetado dentro de los diez días útiles de recibido.

44. — La prohibición de la sanción tácita se nos hace de suma trascendencia institucional en el trámite que el congreso debe imprimir a los *decretos de necesidad y urgencia* una vez que han cumplido las respectivas etapas de seguimiento por el jefe de gabinete y la Comisión Bicameral Permanente. Cuando el decreto llega al congreso, es absolutamente imposible que el silencio de sus cámaras signifique aprobación y, por ende, mantenimiento de su vigencia; por ende, la ley reglamentaria a dictarse no puede establecer para este

caso específico una aprobación tácita, porque de hacerlo violaría ostensiblemente al art. 82.

A la inversa, como lo vedado es la aprobación tácita, estamos seguros que el *rechazo tácito* se ha de considerar *implícito y válido,* por manera que si el decreto de necesidad y urgencia no recibe sanción expresa, *debe reputarse desechado.* Lo importante es que para la aprobación explícita se fije un plazo razonablemente breve.

El trámite legislativo

45. — El lineamiento de los supuestos posibles en el procedimiento de formación de la ley se desglosa así:

A) La aprobación

46. — El *art. 78* mantiene sin reforma el texto del anterior art. 69, y dice así: "Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley."

B) El rechazo

47. — El *art. 81* dispone que ningún proyecto *desechado* totalmente por una de las cámaras se puede *repetir* en las sesiones del año.

¿Qué significa que "no puede repetirse en las sesiones de *aquel año*"? ¿Se refiere al período ordinario, a su prórroga, o también a las extraordinarias? Supongamos un proyecto desechado totalmente en una cámara dentro del período ordinario de sesiones, en el mes de junio. ¿Podría repetirse en sesiones de prórroga en diciembre? No. ¿Y en sesiones extraordinarias en febrero —es decir, ya en otro año calendario—? Tampoco. Cuando la constitución dice que "no puede repetirse en las sesiones de *aquel año*", no está pensando en el año que corre del 1º de enero al 31 de diciembre. Quiere decir que no puede repetirse *hasta el próximo período de sesiones ordinarias* que se abre el 1º de marzo siguiente.

Adoptando este temperamento, un proyecto totalmente rechazado en una cámara en el mes de febrero —sea en sesiones prorrogadas o en extraordinarias— puede repetirse a partir del 1º de marzo de ese año (calendario), porque es "otro" año legislativo (y a éste se refiere, según nuestro juicio, el texto constitucional del art. 81, primera parte).

48. — Hay *identidad de proyectos* —y por ende, prohibición de repetirse— cuando se proponen los mismos objetivos aunque el texto y las palabras estén redactados de modo distinto. Pero *no* hay identidad de proyectos, —y por ende, puede tratarse el nuevo a pesar del rechazo total del anterior— aunque se propongan el mismo objeto, si emplean medios diferentes para llegar a él.

49. — Parece acertada la interpretación que parte de la doctrina hace de la suspensión temporaria del proyecto rechazado por la cámara revisora, en el sentido de que esa facultad paralizante *no puede volver a ejercerse en sucesivos períodos legislativos*, lo que significa que se agota en el año parlamentario en curso y en una única vez. De lo contrario, el rechazo renovado en años siguientes por la cámara revisora daría a ésta una predominancia absoluta que podría frustrar el trabajo legislativo.

C) Los proyectos adicionados o corregidos

50. — Hay supuestos de *desacuerdos parciales* entre las cámaras.

El *art. 81* los prevé así:

a) "Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora."

b) "Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes."

c) "La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes."

d) "En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes."

e) "La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora."

51. — Simplificando la norma, cabe decir que: a) si en las discrepancias entre una cámara y otra ambas aprueban el proyecto con

mayoría absoluta (más de la mitad), prevalece el texto de la cámara de origen; b) si una cámara lo vota con mayoría absoluta y la otra con dos tercios, prevalece esta última; c) si las dos cámaras aprueban con dos tercios, prevalece la cámara de origen.

En suma, se advierten dos cosas: a) tiene importancia el quorum de votos aprobatorios (mayoría absoluta, o dos tercios); b) tiene importancia preponderante la cámara de origen.

Asimismo, hay dos *prohibiciones:* a) la cámara de origen no puede adicionar o corregir nuevamente las modificaciones introducidas por la revisora; b) ninguna cámara puede rechazar totalmente un proyecto originario de ella que ha recibido adiciones o enmiendas en la revisora.

D) Los proyectos vetados

52. — El *art. 83* conserva sin reforma el texto del anterior art. 72, y dice así: "Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por *sí* o por *no;* y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año."

53. — Debe recordarse asimismo el art. 80, que ha venido a admitir excepcionalmente el *veto* y la *promulgación parciales.*

Dice así: "Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia."

D') La promulgación parcial de las leyes

54. — Sobre el *veto parcial* y la *promulgación de la parte no vetada* damos la explicación en el cap. XXXVIII, nos. 71 a 74. (Para la relación entre los arts. 80 y 83, ver en el cap. citado el nº 68).

E) Qué es lo sancionado por el congreso

55. — Lo que el congreso sanciona en la etapa *constitutiva* de formación de la ley es, en rigor, un *"proyecto" de ley.* O sea, no es todavía "ley". Para que haya "ley" debe añadirse la *etapa de eficacia,* configurada por la promulgación y publicación que hace el poder ejecutivo.

Las *excepciones* a este principio que, con modalidades distintas, se insertan con el proceso de formación de la ley están explícitamente previstas en la constitución. Por ejemplo:

a) por el *art. 40,* la ley mediante la cual el congreso convoca a consulta popular vinculante *no puede ser vetada* por el poder ejecutivo que, no obstante, a nuestro criterio debe publicarla;

b) el mismo *art. 40* establece que el proyecto de ley sometido a consulta popular vinculante que obtiene voto favorable del cuerpo electoral *se convierte en ley, y su promulgación será automática;* acá se excluye doblemente: b') la sanción por el congreso; b") el posible veto del ejecutivo, que debe publicar la ley;

c) por el *art. 83,* de texto idéntico al anterior art. 72, la hipótesis de un proyecto vetado que, al volver al congreso, es nuevamente sancionado por insistencia en las dos cámaras, hace decir a la norma que "el proyecto *es ley* y pasa al poder ejecutivo para su *promulgación*".

F) La fórmula de la sanción

56. — El art. 84 dice: "En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula: *El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, ...decretan o sancionan con fuerza de ley.*"

Cuando la norma alude al senado y la cámara de diputados "*reunidos* en congreso" no quiere significar que la sanción de la ley se produzca mediante las dos cámaras reunidas conjuntamente en asamblea legislativa, sino más bien que con la aprobación separada por cada una, las dos intervienen como parte que son del órgano congreso.

Tampoco el verbo "decretan" responde a la terminología clásica de nuestro derecho constitucional, porque el congreso no decreta sino legisla. Sin embargo,

no es la única vez que el verbo decretar es usado en el texto de la constitución con referencia a competencias del congreso; el art. 4º —por ej.— habla también de operaciones de crédito que "decrete" el congreso.

La derogación de las leyes

57. — Es obvio que el congreso tiene competencia para derogar las leyes por él dictadas, conforme al principio general *de paralelismo de las competencias:* el órgano que es autor de una norma, debe ser autor de la ulterior que la deja sin efecto. Inclusive, la razón de la derogación de la ley puede radicar en la inconstitucionalidad que, según el criterio del congreso, afecta a dicha ley. Pero de inmediato conviene hacer algunas advertencias, nada más que a título enunciativo de ejemplos.

a) La derogación de una ley no debe contener *declaración de su inconstitucionalidad* al modo y con los efectos con que esa declaración se reviste cuando emana del poder judicial; b) la derogación de una ley deroga los decretos dictados por aplicación de la ley que se deroga; c) la indebida derogación de la ley aprobatoria de un tratado internacional que ya ha sido ratificado por el poder ejecutivo no alcanza a desobligar a nuestro estado del compromiso internacional contraído (mientras el tratado no quede internacionalmente denunciado), ni a quitar vigencia al tratado en el derecho interno (mientras no ocurra lo mismo); d) el eventual efecto derogatorio de una ley que fuera declarada judicialmente inconstitucional por sentencia de la Corte Suprema no violaría ni la división de poderes ni el paralelismo de las competencias.

Por supuesto que la ley que deroga a otra requiere promulgación del poder ejecutivo, y publicación.

Cuando enfrentamos en materia de *derecho intrafederal* las competencias que el congreso ejerce con participación de las provincias entendemos que por tratarse de un acto al que ha concurrido la voluntad del congreso y la de una o más provincias, la derogación de la ley del congreso no alcanza a dejar sin efecto el acto compartido mientras la o las provincias intervinientes no procedan también a su derogación.

Para la ley de coparticipación federal impositiva, el art. 75 inc. 2º párrafo cuarto prohíbe su modificación unilateral.

58. — Dado que por derecho consuetudinario el congreso aprueba los *tratados internacionales* con forma de ley, insistimos en la afirmación de que las leyes aprobatorias de tratados que han recibido ratificación por parte del poder ejecutivo no pueden ser derogadas por el congreso y, de serlo, tales leyes derogatorias no tienen el alcance de sustraer del derecho interno al tratado que está incorporado a él por la ratificación internacional, ni de eximir al estado de su responsabilidad interna e internacional por el eventual incumplimiento del tratado. La derogación de una ley aprobatoria de un tratado sólo tendría el valor de un indicio conducente a promover la denuncia del tratado por los mecanismos

habilitantes a ese fin, en cuanto exteriorizaría la voluntad de uno de los órganos (el congreso) que han intervenido en el acto complejo de formación del tratado.

La Corte Suprema, en su sentencia del 7 de julio de 1992 en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" ha interpretado, coincidentemente con ese criterio, que no cabe derogar leyes aprobatorias de tratados internacionales incorporados al derecho interno por ratificación internacional.

IV. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DEL CONGRESO

Las clases de leyes que dicta el congreso

59. — Entre las leyes que sanciona el congreso, nuestro derecho constitucional del poder distingue categorías diferentes, cuya denominación acuñada por el uso, la doctrina y la jurisprudencia, debemos emplear por razón de comodidad y comprensión, aunque a veces no sea técnica ni científicamente ajustada.

Las tres clases de leyes que dicta el congreso son: a) *leyes federales;* b) *leyes de derecho común;* c) *leyes locales.* Las federales y las de derecho común tienen ámbito de vigencia en todo el territorio del estado. Las locales, sólo en la *capital y territorios federales* (actualmente no hay territorios federalizados íntegramente). A las tres, parte de la doctrina las califica como leyes "nacionales". A las federales, a veces se las ha llamado también *leyes "especiales"* del congreso (el art. 75 inc. 12 las menciona como leyes "generales"). A las de derecho común, *leyes "ordinarias".*

Las leyes "federales" o "especiales"

60. — Las leyes *federales,* de difícil conceptuación genérica, pueden serlo por razón de la *materia* (por ej.: fiscal, electoral, partidos políticos, nacionalidad, administración de justicia, etc.); de las *personas* (embajadores, ministros plenipotenciarios, etc.), y excepcionalmente de *lugar* (fronteras).

Guastavino define así al derecho federal: "es el sancionado por el legislador nacional tendiente a la consecución, de modo inmediato, de todos los fines que se atribuyeron al congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos de la constitución."

Como principio, contiene normas de derecho público o institucional, sin excluir la posibilidad referida a relaciones de derecho privado (para el derecho común que se federaliza, ver nº 70).

Una enumeración, aunque no taxativa, aclara el panorama.

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, se han considerado leyes federales —o "especiales" del congreso— las siguientes: de organización de los tribunales federales; de jurisdicción y competencia de los mismos; de procedimientos federales en lo civil y comercial; de patentes de invención; de autenticación de actos públicos; de expropiación; de ciudadanía; de contabilidad; de telégrafos nacionales; de correos; de inmigración; de pesas y medidas; de unidad monetaria; de intervención de cónsules extranjeros en las sucesiones; de venta de tierras de propiedad nacional; de inconversión; de creación del Banco Hipotecario Nacional; de límites interprovinciales; de creación del Banco de la Nación Argentina; de ferrocarriles nacionales; de impuestos internos; de aduanas; de demandas contra la nación; de falsificación de moneda; de marcas de fábrica, de elecciones nacionales; de organización de los ministerios; de reglamentación de profesiones; de enrolamiento; de derechos y tasas portuarias; de tarifas postales, telegráficas y radiotelegráficas; de derechos aduaneros; de intervención a las provincias; de impuesto a los réditos; de precios máximos; de defensa agrícola; de organización militar; de organización de aduanas y puertos nacionales; de represión del contrabando; de amnistía; etc.

Por concomitancia, son también federales los decretos que reglamentan leyes federales.

61. — Las leyes federales son aplicadas judicialmente en todo el país por los *tribunales federales.*

Las leyes de "derecho común"

62. — Las leyes nacionales u ordinarias de *derecho común* son las que sanciona el congreso cuando, en el art. 75 inc. 12, se alude a los *códigos* llamados "de fondo", que pueden dictarse en cuerpos unificados o separados (civil, comercial, penal, de minería, y de trabajo y seguridad social).

Con la reforma de 1994 quedó superada la controversia acerca de si los "códigos" que mencionaba el anterior art. 67 inc. 11 —ahora art. 75 inc. 12— exigían ineludiblemente la codificación, o admitían una legislación dispersa o adicional.

63. — Las leyes de derecho común son aplicadas judicialmente por *tribunales federales* o *provinciales* según las personas o las cosas caigan en una jurisdicción o en otra (art. 75 inc. 12).

64. — Que el congreso invista competencia para dictar los códigos que cita el art. 75 inc. 12 no significa que les pueda asignar cual-

quier contenido en el área de las materias propias de cada uno. Ello quiere decir que la sola circunstancia de que el art. 75 inc. 12 le adjudique al congreso la competencia de dictar los códigos no exime por sí sola de eventual inconstitucionalidad a las normas de los mismos.

Así, es para nosotros equivocado el argumento utilizado por la Corte en el caso de la "Mina Cacheuta", de 1979, y en el caso "Provincia de Mendoza c/ Estado Nacional", de 1988, considerando que la competencia del congreso para dictar el *código de minería* era suficiente para reconocer validez constitucional a determinadas leyes que "federalizaron" o "nacionalizaron" recursos mineros o hidrocarburos.

Con la reforma de 1994 tal argumento ha decaído, porque el art. 124 reconoce que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

65. — La inserción formal de una determinada ley que pueda disponer el congreso rotulándola formalmente como propia de las codificaciones que son competencia suya no basta para dar por satisfactorio el encuadre, porque hay que verificar si, real y objetivamente, el contenido y la materia regulados por aquella ley pertenecen o no al código o la legislación que el congreso indica. De ahí que corresponda a los jueces llevar a cabo el control de constitucionalidad que, en cada caso, resulte pertinente.

El código penal

66. — El código penal considerado "en bloque", es uno de los de "derecho común", no obstante lo cual "dentro" de su articulado (como también "fuera", en leyes penales sueltas) hay normas de naturaleza *federal* que se refieren a bienes jurídicos de naturaleza federal, y que por ende son aplicadas en todo el país por tribunales federales cuando juzgan los delitos en ellas incriminados.

67. — También la codificación *penal* requiere otro comentario especial, esta vez porque la doctrina y la jurisprudencia distinguen, en nuestro derecho, *delitos* por un lado, y *faltas* y *contravenciones* por otro.

El derecho judicial derivado de la jurisprudencia de la Corte afirma: a) que es innegable la *competencia de las provincias para legislar sobre faltas y contravenciones* en ejercicio razonable de su "poder de policía"; b) que la aplicación de sanciones de cierta entidad por comisión de faltas y contravenciones no puede quedar exclusivamente a cargo de órganos administrativos con exclusión de ulterior control judicial.

De todos modos, la competencia *local* para crear faltas y contravenciones siempre parece exigir "ley", por lo que no son constitucionales —por ej.— los

edictos policiales sobre esa materia (ver el caso "Mouviel", fallado por la Corte el 17 de mayo de 1957).

68. — Entendemos que es propio del contenido de la legislación penal —codificada o dispersa— lo que atañe a la prescripción de la acción penal y del delito; a las reducción de penas; a la duración y eximición de la prisión preventiva durante el proceso; a la excarcelación en ese lapso; y también lo referido a la eventual protección de los derechos de las víctimas del delito y/o de sus familiares una vez que se ha extinguido la acción penal.

El código de comercio

69. — El código de comercio es de derecho común, pero cuando a su contenido se le incorpora la legislación de *quiebras* y la de *navegación* (que son de naturaleza *federal*), las normas sobre tales materias son federales pese a su inserción en una sistematización de derecho común. (Ver nos. 89 y 90).

No obstante que la legislación sobre *sociedades* pertenece al congreso como derecho de fondo y es de derecho común, la Corte ha reconocido carácter *federal* a ciertas normativas regulatorias de sociedades que, como las de ahorro, captan dinero del público.

La "federalización" del derecho común

70. — El derecho judicial permite elaborar la categoría de "leyes de derecho común *federalizadas*". Ello ocurre cuando una ley del congreso sobre derecho común decide, con razón suficiente, "apartar" la materia regulada del ámbito del derecho común, con lo que sustrae su aplicación a los tribunales provinciales.

La Corte Suprema de Justicia lo ha admitido en el caso "Oberti Pedro c/Panzirraghi Santiago", fallado en 1960, al afirmar que el congreso, al reglamentar determinadas materias correspondientes, en principio, a la legislación *común*, puede ejercer una potestad distinta de la que le cabe al sancionar las leyes "comunes", sustrayéndolas al ámbito propio de esa legislación y "federalizándolas". Esa alteración del régimen jurídico atinente a dichas materias, requiere *intención inequívoca*, no apoyada en el mero arbitrio del legislador, sino en *necesidades reales y fines federales* legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad.

A los fines que aquí corresponde tratar, esta *"federalización" excepcional* de materias propias del derecho común significa que las normas de derecho común "federalizadas" son aplicadas en todo el país por tribunales federales; o sea, escapan a su aplicación por los tribunales provinciales y, por ende, a la reserva de las jurisdicciones locales.

Hipótesis de novación en la naturaleza de las leyes

71. — Así como acabamos de encarar la excepcional federalización de normas de derecho común, hemos de diferenciar alguna otra hipótesis de *novación* en la naturaleza de las leyes.

Una provincia, por ejemplo, puede dictar una ley local mediante la cual hace suya e incorpora una ley del congreso al derecho provincial. En vez de dictar una ley idéntica, dicta otra por la cual establece que tal o cual ley del congreso regirá en la provincia. La provincia de Chaco, en ese sentido, adoptó el régimen de la ley 23.298.

Este supuesto ha de diferenciarse, a nuestro criterio, del que se configura cuando una provincia *adhiere* a una *ley-convenio,* o la *aprueba* mediante ley local, porque entonces estamos ante una norma de *derecho intrafederal.*

El inciso 12 del artículo 75 y la "reserva" de las jurisdicciones locales

72. — El inc. 12 del art. 75 dispone que corresponde al congreso dictar los códigos que enumera, *sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales,* correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones. Concordantemente, cuando el art. 116 regula la competencia del poder judicial federal, incluye en ella las causas que versan sobre puntos regidos por las "leyes de la nación", pero añade de inmediato "con la *reserva* hecha en el inc. 12 del art. 75".

El alcance y significado de la *reserva* constitucional que sustrae a los tribunales federales la aplicación de las leyes nacionales de carácter "común" al decir que "su *aplicación*" corresponde a los tribunales federales o provinciales según las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones significa dos cosas: a) que las leyes nacionales de derecho común *son aplicadas, en jurisdicción provincial, por los tribunales de provincia;* b) que para efectuar esa aplicación por esos tribunales, las provincias dictan los *códigos procesales,* o de "forma", o "adjetivos".

Para el acceso final a *jurisdicción federal* de causas que están regidas por *derecho común* pero albergan una *cuestión federal,* ver cap. XLVIII, nº 22.

La reserva que a favor de las jurisdicciones "judiciales" de las provincias hace el art. 75 inc. 12 en materia de derecho común, es interpretada por buena parte de la doctrina, y como principio, también a favor de la *administración "local".*

Esto significa que los órganos *administrativos* de aplicación del derecho común en las provincias deben ser *locales,* o de otro modo, que el derecho común que en las provincias es aplicado en *sede administrativa* ha de serlo por la *administración provincial.*

El art. 126 y la competencia provincial sobre el derecho común

73. — El art. 126 prohíbe a las provincias legislar sobre las materias propias de los *códigos de derecho común* allí enumerados, una vez que el congreso los dicta. Quiere decir que mientras el congreso *no* dicta tales códigos, las provincias *pueden* legislar en materia de derecho común.

Cuando en vez de una codificación el congreso dicta una legislación dispersa, todo lo no regulado en las leyes separadas sobre la materia también queda a disposición de la competencia de las provincias.

Remitimos al Tomo II, cap. XX nº 65.

Las leyes locales del congreso

74. — Desde la reforma de 1994 la *legislación nacional "local"* presenta un perfil distinto al que revestía antes.

Fue normal decir que las leyes nacionales locales eran las que el congreso dictaba con ámbito de aplicación en la *capital federal* (que era territorio federalizado íntegramente), en los *territorios nacionales* o gobernaciones (que con la provincialización de Tierra del Fuego hoy ya no existen, y que estaban bajo jurisdicción federal), y para los *lugares del ex art. 67 inc. 27* (que se hallaban sujetos a jurisdicción federal, a veces total, a veces parcial, según los virajes que registró la jurisprudencia de la Corte).

75. — Ahora el panorama es otro. Es cierto que la *ciudad de Buenos Aires* sigue siendo *capital federal,* pero también lo es que por el art. 129 tiene *autonomía* y facultades de legislación y jurisdicción (judicial). Por ende, la legislación que puede dictar el congreso para la ciudad *se restringe a lo razonablemente necesario a efectos de garantizar en ella los intereses del estado federal.* De este modo, la legislación "exclusiva" que para la capital sigue previendo el actual art. 75 inc. 30 queda acotada en la disposición transitoria séptima, a tenor de la cual sólo ejerce, mientras la ciudad de Buenos Aires mantenga la capitalidad, las atribuciones legislativas que el congreso "conserve" con arreglo al art. 129.

Es de advertir, entonces, que así como entendemos que la ciudad de Buenos

Aires en tanto capital ya no es un territorio federalizado, recíprocamente la legislación del congreso en ella se limita —y no es exclusiva— a la garantía de los intereses federales.

Tal vez haya que sugerir, por eso, una curiosidad: esa legislación de garantía es *local* porque se dicta para la ciudad de Buenos Aires como capital y se aplica en ella; pero si su objetivo es preservar intereses del estado federal, parece que no obstante su naturaleza local tiene carácter *federal.*

76. — Ya lo habíamos insinuado antes de la reforma con respecto a las leyes "locales" destinadas a lugares regidos por el que fue art. 67 inc. 27, a las que reputábamos leyes federales. Con la reforma de 1994, tales lugares sólo admiten una *legislación "necesaria" para los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional,* conforme a la nueva fórmula que emplea el actual art. 75 inc. 30, y no obstante ser una legislación "local" (porque es para un lugar) es también *federal* (por la índole del establecimiento allí ubicado).

77. — Las leyes *locales* que dicta el congreso no deben confundirse con las leyes "provinciales" que, por reducir su vigencia al ámbito de una provincia, se llaman también, dentro de ese ámbito, leyes "locales". Las del congreso son leyes "nacionales *locales*", y las de provincia son leyes "locales *provinciales*".

También son leyes *locales* las propias de las competencias de la legislatura de la *ciudad de Buenos Aires* (art. 129), análogas a las de las legislaturas provinciales.

Las leyes cuyo contenido queda condicionado por la constitución

78. — Al explicar el significado de la función legislativa en sentido material damos razón de ella por la *creación de derecho nuevo.* El "derecho nuevo" muestra una producción jurídica normativa de contenido indeterminado (o no condicionado) por un plano infraconstitucional superior a la ley. Pues bien, si la legislación no tiene sobre sí más que a la constitución y los tratados internacionales, el legislador está habilitado a volcar a la normación legal el contenido que su arbitrio prefiera dentro del límite impuesto.

Normalmente, la constitución no suele indicar para la diversa variedad de leyes que puede dictar el congreso a qué pautas bien específicas y concretas ha de responder el contenido de éstas, por lo que el margen de discreción legislativa es amplio. Sin embargo, es

muy claro que a veces la constitución carga al legislador con la *obligación* concreta de adoptar o respetar un *principio constitucional* en determinadas leyes. Así, y a solo título enunciativo de ejemplo, advertimos que la ley de nacionalidad (art. 75 inc. 12) ha de adoptar inexorablemente el principio de la nacionalidad natural (ius soli); que las leyes a que se refiere el art. 75 en incisos como el 17, 18, 19 y 23 han de tender a los fines allí establecidos; que la legislación procesal debe, por imperio (implícito) del art. 18, resguardar el debido proceso; que el código (o legislación dispersa) sobre trabajo y seguridad social ha de dar desarrollo al art. 14 bis; que las leyes de amnistía (art. 75 inc. 20) han de disponer solamente amnistías "generales", etcétera.

En muchos de estos casos se podrá decir, con verdad, que estos condicionamientos que la constitución señala para la legislación no son más que expresión del deber que tienen los órganos del poder constituido de acatar siempre la supremacía constitucional (mediante obligaciones de hacer o de omitir) cuando ejercen sus funciones. No obstante, creemos que este deber genérico se especifica y concreta con precisión particularizada en los casos que al azar hemos citado, y que a nuestro juicio muestran que, ocasionalmente, el constituyente ha querido trazar un riel indicativo para el legislador, de forma que la habilitación discrecional de su competencia recibe excepcionalmente un marco obligatorio de referencia, dado por la propia constitución.

79. — Los ejemplos anteriores toman en cuenta algunas pautas precisas que impone la constitución. Hay que agregar que los *tratados internacionales,* con y sin jerarquía constitucional, ofrecen otra gama de ejemplos cada vez que para la cuestión que regulan fijan también un canon inesquivable, que la legislación de desarrollo tiene como techo de condicionamiento.

Ejemplos de "opciones" legislativas

80. — a) En cuanto a la *ley de divorcio,* tenemos opinión formada en el sentido de que la constitución no suministra pautas sobre el tema de la "disolubilidad" o la "indisolubilidad", por lo que creemos que tanto es constitucional la ley que consagra la indisolubilidad como la que acoge la disolución vincular.

b) La norma penal (art. 14 del código respectivo) que torna *improcedente la libertad condicional en caso de reincidencia,* nos parece caber en la opción válida de la ley al regular el tema. Se trata de un criterio de política legislativa criminal, que no llega a ofender al principio de "non bis in idem", por más que a éste se le reconozca arraigo constitucional.

c) La elección de los *bienes jurídicos* a los que se les otorga *tutela penal,* dejando a otros sin ella, pertenece al legislador, salvo para los delitos tipificados directamente en la constitución o en los tratados internacionales.

d) En general, la elección de los *medios conducentes* a satisfacer principios, pautas o fines señalados por la constitución también es propia del legislador, el que —no obstante— tiene el deber de optar por los que con mayor razonabilidad son mejores y más aptos.

Las leyes "secretas"

81. — En principio son *inconstitucionales* por violar la regla de *publicidad* de los actos estatales. Además, no obligan con el alcance del art. 19, porque si son secretas no se puede conocer lo que mandan y lo que prohíben. (Ver cap. XXXVIII, nº 57).

Las leyes retroactivas y diferidas.

82. — La ley cobra vigencia "normológica" a partir de su promulgación y publicación, pero puede establecer expresamente para su aplicación una fecha distinta. Si se retrotrae al pasado, es *retroactiva.* La retroactividad tiene dos límites constitucionales que la impiden: a) uno *explícito* en materia penal (art. 18); b) otro *implícito* cuando afecta el derecho de propiedad (art. 17). Si la ley difiere su aplicación por un plazo posterior a su promulgación y publicación, se dice que durante ese plazo hay "vacatio legis", lo que significa que su vigencia *sociológica* se *posterga.* (Ver cap. XXXVIII, nºs 58 y 59).

Leyes derogadas pueden y deben, pese a su no vigencia normológica, ser aplicadas después de la derogación, sin que la sentencia que así lo hace quepa considerarse arbitraria por fundarse en derecho no vigente (derogado). Un ejemplo lo depara la ultraactividad de la ley penal más benigna. Otro caso se configura en preservación del derecho de propiedad cuando para otorgar una jubilación o pensión hay que regir el derecho al beneficio por la ley vigente a la fecha del cese en el trabajo, aunque esa ley esté ya derogada al tiempo de conceder la prestación previsional.

La legislación "de facto"

83. — Las normas que en reemplazo del congreso disuelto han dictado los poderes *de facto* entre 1930 y 1983 (sea con el nombre de "decreto-ley", o directamente de "ley") han dado lugar a soluciones diversas en la doctrina y la jurisprudencia.

Las tesis más extremas tachan a la legislación de facto de *nulidad originaria,* pero admiten su *reconocimiento* en alguno de estos casos: a) si han logrado efectividad y aplicación (o sea, vigencia sociológica); o b) si el congreso reinstalado posteriormente las mantiene (explícita o implícitamente).

(Ver cap. XXX, nº 68).

La "ilegalidad" de leyes del congreso y la colisión entre ellas

84. — Que las leyes del congreso pueden ser inconstitucionales está fuera de toda duda. Que en el conglomerado de la legislación pueda haber *leyes "ilegales"* plantea interrogantes.

Ilegalidad significa que una norma o un acto tienen un vicio consistente en estar en contra de una ley, lo que hace suponer que lo "ilegal" ha de ser *infralegal,* o sea, situarse en un plano inferior al de la ley, a la cual lo infralegal debe subordinarse.

Nos parece que para hablar de leyes ilegales es menester admitir que el bloque de la legislación se divide en niveles supraordinantes y subordinados, y en el derecho constitucional argentino ello no es fácil de descubrir.

Es cierto que después de la reforma de 1994 encontramos leyes que para su sanción necesitan un quorum agravado respecto de las demás, y que algunas pueden denominarse —en el ámbito de nuestra doctrina— leyes "constitucionales" porque dan reglamentación directa y cierre definitivo a cláusulas constitucionales que la reforma dejó muy abiertas (por ej., la ley sobre Consejo de la Magistratura, sobre iniciativa legislativa popular, sobre consulta popular, sobre Ministerio Público, sobre coparticipación federal, etc.).

¿Es eso suficiente para que afirmemos que son superiores a las otras leyes? Por ahora no lo creemos.

85. — En cambio, el panorama cambia parcialmente si tomamos en consideración a las leyes del congreso de carácter *local* —por ej., las que puede dictar en y para la ciudad de Buenos Aires mientras sea capital, de acuerdo a las atribuciones legislativas que el congreso conserve con arreglo al art. 129 (disposición transitoria séptima) y, sin duda, la ley que garantiza los intereses del estado federal en la misma ciudad y situación—.

A veces se ha supuesto que esta legislación local incurre en ilegalidad si se opone al derecho común o al derecho federal. En todo caso, lo que podría ocurrir es que esas leyes locales fueran inconstitucionales, y no ilegales. El vicio no surgiría, entonces, de un imaginado nivel inferior de la legislación local del congreso, sino de una transgresión a la constitución —por ej., si al legislar para la ciudad de Buenos Aires la ley quebrara la unidad territorial del derecho común otorgando a los habitantes de la ciudad capital distintos derechos que a los del resto del país en materia sucesoria, de divorcio, de nombre, etc.—.

86. — Distinto se nos ocurre el caso en que una ley del congreso vulnerara a una ley-convenio o a cualquier otra normativa de naturaleza *intrafederal,* pero el vicio tampoco encuadraría en la ilegalidad sino en la inconstitucionalidad, una vez que se acepta que el derecho intrafederal ostenta jerarquía superior a las leyes.

V. LA COMPETENCIA DEL CONGRESO SOBRE DETERMINADAS LEGISLACIONES, Y SU NATURALEZA

El código de derecho aeronáutico

87. — La competencia del congreso para dictar un código aeronáutico se suele fundar en varias razones: a) la facultad de dictar el código de comercio (art. 75 inc. 12) parece incluir la de regular la navegación por aire; b) la cláusula comercial (art. 75 inc. 13) permite reglar el comercio internacional e interprovincial, sabiéndose que las comunicaciones se consideran, con sentido amplio, como "comercio" a los fines de esta cláusula; c) la norma del art. 126, que prohíbe a las provincias legislar sobre "navegación" interior o exterior, implica que la capacidad legislativa en esa materia es del congreso.

Del conjunto de estas razones se llega a la conclusión de que es competencia exclusiva del congreso legislar (en forma codificada o no) sobre *navegación aérea,* también cuando tal navegación fuera, acaso, limitada al ámbito local de una sola provincia.

El código aeronáutico es de naturaleza *federal,* y su interpretación y aplicación corresponde a los tribunales federales.

El código aduanero.

88. — La norma del art. 75 inc. 1º, concordada con las demás que se refieren a las aduanas, da pie para una legislación aduanera orgánica, más allá de lo estrictamente impositivo, y sea o no con forma codificada.

El código aduanero sistematizado unitariamente, o la legislación aduanera sin formalidad codificada, tienen naturaleza *federal,* tanto por la competencia exclusiva del congreso para regular las aduanas y sus impuestos como por la naturaleza intrínseca de la materia (más que por la propia de los *lugares* definidos como "aduanas").

La ley de navegación

89. — La legislación sobre navegación por agua (fluvial y marítima) es de competencia exclusiva del congreso, por coordinación de los arts. 26, 75 incs. 10 y 13, y 126; este último prohíbe a las provincias expedir leyes sobre navegación interior o exterior. La legislación sobre navegación es de naturaleza *federal* conforme al art. 116, que atribuye a los tribunales federales el conocimiento y la decisión de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

La ley de bancarrotas, quiebras o concursos

90. — Para nosotros, la ley de "quiebras" tiene naturaleza *federal,*

y aun incorporada al código de comercio, *no es de derecho común ni puede ser aplicada por los tribunales locales.* Lo mismo las disposiciones sobre "concurso civil"; y ello porque el art. 75 inc. 12 confiere al congreso la competencia para dictar la ley sobre "bancarrotas" como legislación específicamente *federal* y distinta de los códigos comunes. La aplicación debe también ser propia de la justicia federal.

No obstante, en la *constitución material* las leyes de quiebras y concursos son consideradas de derecho común y no son aplicadas por tribunales de la justicia federal.

El derecho del trabajo y de la seguridad social

91. — El derecho del trabajo y de la seguridad social, codificado o en legislación dispersa, queda definido como *derecho común* por el art. 75 inc. 12 en la enumeración que efectúa de los *códigos "de fondo".*

Ello suscita algunas puntualizaciones:

a) las *provincias,* cuando amplían o mejoran el sistema de derechos de la constitución federal, han de cuidar que, en el área de los derechos sociales, no se interfiera la competencia del estado federal en la materia, ni se incurra en violaciones a la misma;

b) como la *"aplicación" administrativa* del derecho común en jurisdicción provincial no nos tiene acostumbrados a que ella esté a cargo —en lo pertinente— de organismos provinciales, tampoco se ha ejemplarizado la competencia legislativa provincial para aplicar en sede administrativa la legislación común del congreso en materia de trabajo y seguridad social (ver nº 72);

c) con respecto a la llamada "policía del trabajo", remitimos al T. II, cap. XX, nº 68 c).

d) hay cuestiones propias del derecho del trabajo que abren duda acerca de la naturaleza de derecho común o de derecho federal de la legislación que las regula; es el caso de la *ley de asociaciones sindicales,* a la que quizá pudiera reconocérsele naturaleza federal en la medida de ser una reglamentación directa de la respectiva cláusula constitucional del art. 14 bis;

e) *el derecho de la seguridad social es derecho común,* no obstante la "federalización" dispuesta por la legislación del congreso, que no parece razonable a tenor de los cánones que resultan aplicables a la conversión de ciertas normas de derecho común en derecho federal (para esto, ver nº 70).

Los tratados internacionales

92. — Los tratados internacionales, en cuanto *fuente internacional* del derecho interno, configuran una fuente que denominamos

"extraestatal". Por ende, puede parecer que no los ubicamos debidamente en este acápite sobre competencias legislativas del congreso, sobre todo porque al ingresar al derecho interno argentino no se convierten en "ley" sino que conservan su naturaleza de tratados.

No obstante ello, existe razón suficiente para dedicarles acá una mención en virtud de que:

a) el *congreso* posee una *competencia específica* cuando nuestra constitución le impone intervenir (para aprobarlos o desecharlos) antes de que se los ratifique internacionalmente por el poder ejecutivo y, a veces, antes de que el ejecutivo proceda a denunciarlos en sede internacional (ver art. 75 incs. 22 y 24);

b) el congreso está *obligado* a ajustar a ellos la *legislación*, sea derogando la que les es opuesta, sea reformando la existente, sea dándoles desarrollo cuando es necesario o conveniente, etc. (para esto, ver nº 93).

Al margen de estas afirmaciones, hay que recordar que *todo tratado*, cualquiera sea su materia y su jerarquía, es de naturaleza *federal*, según recientemente lo ha definido la Corte Suprema, y conforme con la opinión que desde antes de esa jurisprudencia veníamos sosteniendo.

Las leyes "reglamentarias" de los tratados internacionales

93. — Al abordar el tema de los tratados internacionales sostenemos que, como principio general, las normas de los mismos son susceptibles de *desarrollo* y *reglamentación* por ley del congreso con vigencia para *todo el territorio* cuando requieren de tal reglamentación para funcionar en el derecho interno, bien que a veces esta competencia legislativa del congreso admite excepciones ante situaciones en las que claramente resulta que la ley del congreso implica evidente invasión de la autonomía provincial. (Así, en reglamentación de un tratado internacional que —como el Pacto de San José de Costa Rica— implanta la doble instancia en el proceso penal, el congreso no puede crear por ley los tribunales provinciales de alzada ni los recursos para acudir ante ellos, porque esa competencia en materia de administración de justicia local está indudablemente reservada a las provincias.)

Las leyes reglamentarias de los derechos personales

94. — En orden a los derechos personales, la reglamentación de los que están contenidos en la *constitución federal* corresponde al congreso. La fórmula genérica de vieja data es la del art. 14.

Asimismo, es de su competencia el desarrollo de *normas internacionales* —con o sin jerarquía constitucional— incorporadas a nuestro derecho interno (ver nº 93).

Respetada que sea la distribución de competencias entre estado federal y provincias para no invadir las del primero, las *provincias* pueden *ampliar* en su derecho local el sistema de derechos y garantías de la constitución federal, que es un piso y no un techo.

95. — *Después de la reforma de 1994,* el cúmulo de valores, principios y derechos que condensa la parte orgánica —y para el caso del congreso, el *art. 75*— proporciona margen para que por leyes de diversa índole el congreso confiera desarrollo y aplicación *obligatorios* a muchos incisos del citado art. 75 (por ej., incs. 17, 19 y 23) que guardan íntima vinculación con los *derechos humanos.*

Para lo dicho en el párrafo anterior, no hemos de perder de vista que hay algunas *competencias concurrentes entre estado federal y provincias;* así: a) las del art. 75 inc. 17; b) las que, coordinando el inc. 19 del art. 75 con el art. 125, se refieren a la promoción del desarrollo humano, del progreso económico, de la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (estas competencias del inc. b) quedan reconocidas por el art. 125 también a la ciudad de Buenos Aires); c) las del art. 41 sobre derecho ambiental.

La ley sobre derecho de réplica

96. — Presupuesto que: a) para nada riñe con la constitución una legislación razonable sobre el derecho de réplica, y b) el mismo cuenta con una norma internacional de jerarquía constitucional que es el Pacto de San José de Costa Rica (cuyo art. 14 lo regula como derecho de rectificación o respuesta) entendemos que hay *competencia legislativa del congreso* para la reglamentación legal que prevé el citado Pacto, y que dicha reglamentación es susceptible de dictarse para todo el territorio.

Entre las razones que militan a favor de esta competencia citamos: a) nuestra ya vertida interpretación sobre el art. 32 de la constitución, que no inhibe una legislación reglamentaria de la libertad de imprenta, que sea

razonable y no restrictiva (debiendo tenerse presente que el derecho de réplica no se reduce a responder o rectificar por medio de la prensa, sino por todo otro medio de comunicación social —televisión, radio, etc.—); b) la circunstancia de que el Pacto de San José de Costa Rica se refiere, en su citado art. 14, al ejercicio de este derecho "en la forma que establezca *la ley*", lo que hace pensar que la necesidad de reglamentación legal interna respecto de una norma de un tratado internacional confiere, en el caso, competencia al congreso para dictarla con alcance para todo el país; c) el hecho de que en el mismo Pacto el derecho de réplica se limita a rectificar o responder datos inexactos o agraviantes, lo que implica que su reglamentación atañe al derecho de las personas al honor y a la dignidad (implícito en el art. 33 de la constitución), y al derecho a la información, así como al derecho de defensa de uno y otro, por lo que advertimos que se trata de reglamentar derechos a tenor del art. 14 y que esa reglamentación legal es de competencia del congreso; d) se puede agregar que la ley sobre réplica, en cuanto reglamenta derechos civiles (al honor, a la información, etc.) es materia propia del congreso como "derecho común", según el art. 75 inc. 12.

La ley sobre el jurado

97. — Las normas constitucionales que prevén la competencia del congreso para establecer por ley el juicio por jurados (sobre todo la del art. 118 que alude a él para "todos" los juicios criminales luego que se establezca "en la república" esta institución, y la del art. 75 inc. 12 que la incluye en la nómina de leyes consideradas "especiales"), revelan que la naturaleza de aquella ley *es federal* (aunque se repute que tiene naturaleza "procesal").

Hay aquí una curiosidad, por cuanto el congreso no puede, como principio, dictar leyes procesales que obliguen a su aplicación en las jurisdicciones provinciales. La del jurado sería la excepción, porque abarcaría tanto los procesos penales ante tribunales federales como ante tribunales provinciales.

Ver Tomo II, cap. XXIV, nº 40.

El derecho ambiental

98. — Habíamos adelantado que el derecho ambiental, con todo su amplio contenido, nos suscitaba desde antes de la reforma de 1994 la propuesta de su regulación a través del federalismo concertado entre estado federal y provincias.

Después de la reforma, el art. 41 atribuye a "la nación" (entendemos que al congreso) dictar las normas (entendemos: las "leyes") que contengan los presupuestos mínimos, y a las provincias las nece-

sarias para complementarlas.

Remitimos al Tomo II, cap. XV, acápite I.

El código rural

99. — La serie de dudas y la diversidad de opiniones que antes de la reforma recaían en orden al código rural se intercalan, después de 1994, con el derecho ambiental, en la medida en que pueda haber coincidencia o similitud de algunos contenidos de cada uno. Los del derecho rural no son demasiado precisos, y creemos que varios parece que incumben a la legislación provincial.

El derecho de los recursos naturales

100. — Hay doctrina seria, fácil de compartir, que subsume actualmente en el derecho ambiental al derecho de los recursos naturales, para lo cual remitimos al nº 98.

Ver, asimismo, Tomo II, cap. XV, nos. 3 y 5.

Por la reforma de 1994, el dominio originario de los recursos naturales existentes en territorio de las provincias les corresponde a éstas (art. 124). La *jurisdicción,* que no va anexa al dominio, es en algunos casos *federal.*

La ley sobre partidos políticos y sistema electoral

101. — Los arts. 37 y 38 dan base a la legislación del congreso sobre régimen electoral y de partidos políticos. Las leyes respectivas son de naturaleza *federal.*

De aquí en más, sobrevienen dudas y dificultades. En efecto, cuando se trata de *partidos provinciales* que, como tales, actúan sólo en jurisdicción provincial e intervienen en elecciones de autoridades también provinciales, parece que la reglamentación que abarca tal ámbito local le pertenece a cada provincia en el suyo propio. No obstante, no nos parece demasiado atrevido sostener que un marco genérico y elástico que trace pautas para asegurar que esos partidos provinciales concilien su ideología, su programa, su estructura y su actividad con los principios de la constitución federal, puede ser trazado por una ley del congreso.

Lo que la ley federal del congreso no puede válidamente regular es la intervención de los partidos en la elección de autoridades provinciales (sean partidos provinciales, o nacionales, o de distrito) porque tampoco la legislación del congreso puede interferir en el sistema electoral local en virtud del art. 122.

Cuando de acuerdo a la legislación del congreso un partido provincial está habilitado para participar por su distrito en una elección de autoridades federales, debe sujetarse a ese fin a la legislación federal.

La ley sobre comunidades religiosas y libertad religiosa

102. — Hay sobrada competencia legislativa en la materia por concurrencia de diversas razones. Las comunidades religiosas, incluida la Iglesia Católica Apostólica Romana, son asociaciones que, en cuanto tales, necesitan el reconocimiento de un status cuya definición es propia de la legislación del congreso.

Además, conforme al art. 14, el derecho de asociación y el de libertad religiosa convergen para suscitar su reglamentación por ley del congreso.

a) También en ejercicio de su política criminal y de su competencia en materia penal, la libertad religiosa es susceptible de recibir tutela penal en protección contra conductas gravemente lesivas que la dañan. Esto no sólo en orden a la religión católica, sino a cualquier otra confesión religiosa.

b) La registración o el fichero de cultos, con cualquier denominación posible, y en cuanto su sistema respete la regla de razonabilidad, parece caber en la competencia reglamentaria del congreso.

c) Propulsores como somos del reconocimiento constitucional de la *objeción de conciencia,* creemos que una ley sobre libertad religiosa puede ser el marco para darle incorporación y garantía expresas.

Las leyes sobre entidades colectivas

103. — En materia de entidades colectivas, asociaciones, personas jurídicas, etc., los deslindes competenciales son difíciles. En forma harto global, y como principio, puede consentirse la noción de que su legislación incumbe al congreso, principalmente en el orbe del derecho civil, del derecho comercial y del derecho laboral. O sea, como derecho común.

De ello se desprende que cuando el objeto o fin de una entidad es propio del derecho común previsto en el art. 75 inc. 12, la legislación respectiva le corresponde al congreso. Cuando una entidad queda segregada del derecho común y alcanzada por el derecho administrativo, hay que hacer —en cambio— la divisoria competencial que el derecho público exige entre legislación federal y legislación provincial según la jurisdicción correspondiente.

Para las *comunidades indígenas,* respetada su personería jurídica directamente reconocida por el inc. 17 del art. 75, la competencia es concurrente entre el estado federal y las provincias. (Ver nº 110).

La ley de educación

104. — Ya antes de la reforma de 1994, el entonces inc. 16 del art. 67 —que se mantiene ahora como inc. 18 del art. 75— daba sustento para interpretar que el congreso tiene competencia para dictar una *ley federal de educación,* y para crear establecimientos de enseñanza en todos los niveles y ciclos, tanto en jurisdicción federal

como en territorio de las provincias.

105. — Después de la reforma, el *inc. 19 del art. 75* es mucho más enfático y, además, fija pautas precisas (para esto, remitimos al T. II, cap. XIII, nº 12).

Creemos que en cuanto a la *enseñanza,* las *provincias* poseen competencia para:

a) asegurar la *educación primaria,* porque el art. 5º les impone esta obligación;

b) sobre el eje de la ley federal de educación, dictar *leyes complementarias* para todos los niveles y ciclos, porque el inc. 19 párrafo tercero obliga al congreso a respetar las particularidades provinciales y locales;

c) crear establecimientos de enseñanza en todos los niveles y ciclos. En consecuencia, si en este desdoblamiento competencial puede señalarse una competencia *exclusiva* del congreso, ésta recae solamente sobre las "leyes de organización y de base" de la educación con los parámetros a que alude el inc. 19.

106. — Para las *competencias provinciales,* ver Tomo II, cap. XIII, nº 19.

107. — Para el *derecho a la cultura,* remitimos al Tomo II, cap. XIII, nº 21.

No hay que olvidar que el art. 125 torna *concurrentes* algunas competencias federales, provinciales, y de la ciudad de Buenos Aires cuando alude a promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.

108. — Para los *pueblos indígenas,* el inc. 17 garantiza el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

La ley de universidades nacionales

109. — Para las pautas que fija el *inc. 19 párrafo tercero,* remitimos al Tomo II, cap. XIII, nos. 17 y 18.

En atención a la *autonomía* de las universidades nacionales que la reforma de 1994 ha consagrado explícitamente, la ley marco que las regula no puede interferir en la vida interna de las mismas, y es de índole federal.

El fallo de la Corte Suprema en el caso "Monges Analía M. c/Universidad de Buenos Aires", del 26 de diciembre de 1996, dictado por mayoría de cinco jueces con la disidencia de cuatro, estranguló la autonomía al convalidar el art. 50 in fine de la ley 24.521. Las disidencias lo declararon inconstitucional al interpretar que la autonomía resguarda —entre otros aspectos de la vida universitaria— el sistema de admisión, permanencia y promoción de los alumnos, que ha de quedar a cargo exclusivo de lo que cada universidad establezca, y exento de toda reglamentación por las leyes del congreso.

La legislación sobre los pueblos indígenas

110. — El inc. 17 del art. 75 atribuye competencia *concurrente* al congreso y a las provincias para desarrollar la norma constitucional.

Ni uno ni otras pueden, al reglamentarla, prescindir del plexo de principios, valores y derechos en ella contenido, ni frustrar su operatividad, ni violarla.

Remitimos al cap. XXXIV, acápite V.

La ley de tránsito

111. — Remitimos al Tomo II, cap. XIV, nº 55.

Otras leyes

112. — a) El *código de justicia militar* es, para nosotros, una ley *federal,* por la índole de la institución castrense, de la materia que regula, y de los bienes jurídicos que enfoca.

No obstante, hay jurisprudencia en contrario de la Corte, reputándolo derecho no federal. Pero tal criterio queda descalificado desde que, en orden a las sentencias penales dictadas por tribunales militares en aplicación del código de justicia militar, la revisión de las mismas en sede judicial se sitúa en jurisdicción de tribunales federales.

b) Las *leyes de jubilaciones y pensiones* que dicta el congreso son de *derecho común* (ver nº 91 e).

No creemos correcto interpretar que la naturaleza "común" de las leyes jubilatorias se transforme en federal por el hecho de que se trate de leyes que rigen para personal de instituciones u órganos federales (no son federales las leyes de previsión para personal militar, de empleados de la administración pública federal, del poder judicial federal, aunque sean federales las normas que rigen al respectivo personal en servicio activo).

c) Las *leyes procesales* del congreso destinadas a ser aplicadas en cualquier clase de causas judiciales ante los tribunales federales, tienen *naturaleza federal.*

El derecho procesal constitucional

113. — El llamado derecho procesal constitucional (que analizamos en el Tomo II, cap. XXIV, acápite VII) presenta matices interesantes. En la medida en que normas de derecho procesal constitucional desarrollan la sustancia de garantías y procesos constitucionales *federales,* es fácil admitir que tales normas pertenecen a la competencia del congreso.

Puede decirse, aproximadamente, que el derecho procesal constitucional incumbe al congreso en todas aquellas cuestiones que atañen al fondo y contenido mínimo de las instituciones garantistas fundamentales que surgen de la constitución federal. Todas las garantías que emanan de la constitución federal confieren al congreso la facultad de reglar los carriles sustanciales para su funcionamiento, aun cuando se entrecrucen matices procesales.

A las *provincias* les incumbe: a) el desarrollo procesal local; y b) les permite ampliar y mejorar el derecho federal garantista.

La reglamentación legal del acceso a la jurisdicción federal

114. — No hay duda alguna de que la organización y el procedimiento que hacen a la administración judiciaria de las *provincias* quedan reservados con exclusividad al ámbito de su derecho público provincial.

Pero cuando un proceso concluido en jurisdicción de las provincias *ingresa en una última instancia a la jurisdicción federal,* las condiciones y los requisitos para que ello sea viable son propios de la *legislación exclusiva del congreso.*

Concordantemente, la interpretación judicial aplicativa de esa legislación le pertenece a la Corte, como en realidad la ha ejercicio desde el caso "Strada" de 1986, y los posteriores que lo especificaron (remitimos para esto al cap. XL, nos. 60 y 61).

Nuestro argumento es éste: no significa interferencia del derecho federal en el derecho provincial exigir como condición previa para usar el recurso extraordinario ante la Corte Suprema el agotamiento de las instancias provinciales ante los superiores tribunales locales, no obstante que la organización procesal de la administración de justicia provincial le está reservada a cada provincia. Y es así porque, hallándose en juego cuestiones constitucionales federales que son propias de la jurisdicción apelada de la Corte (que es federal), no nos parece excesivo que el derecho federal imponga los recaudos para provocar esa jurisdicción federal.

CAPÍTULO XXXVI

LAS COMPETENCIAS PRIVATIVAS DE CADA CAMARA

I. LAS COMPETENCIAS QUE EN PIE DE IGUALDAD POSEE CADA UNA DE LAS CÁMARAS. - Su noción. - Los privilegios parlamentarios. - Los poderes implícitos. - II. LAS COMPETENCIAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. - El artículo 52 de la constitución. - Los artículos 39 y 40 de la constitución. - III. LAS COMPETENCIAS DEL SENADO. - Su concepto. - Los distintos casos. - El senado como cámara de origen. - IV. EL JUICIO POLÍTICO. - Su encuadre constitucional. - La reforma constitucional de 1994. - La intervención de cada cámara en nuestro régimen. - Los funcionarios enjuiciables, las causales y la tramitación del juicio político. - *La naturaleza y el procedimiento.* - *La no reiteración de un nuevo procedimiento por los mismos hechos.* - El juicio político como "ante-juicio" para habilitar el proceso penal. - *Una teoría disidente.* - El juicio político a ex-funcionarios. - El control judicial sobre el juicio político. - *El derecho judicial de la Corte Suprema sobre la justiciabilidad.* - Nuestra crítica valorativa al juicio político.

I. LAS COMPETENCIAS QUE EN PIE DE IGUALDAD POSEE CADA UNA DE LAS CAMARAS

Su noción

1. — El congreso es un órgano complejo, formado por dos cámaras que tienen, asimismo, cada una separadamente, la calidad de órgano. Por eso distinguimos entre *competencia y actos "del congreso"* (que requieren la concurrencia conjunta de cada cámara, en sesión separada o en asamblea) y *competencia y actos de "cada cámara"* (en forma privativa, sin el concurso de la otra).

Las facultades privativas de cada cámara se traducen, entonces, en actos que *no son del congreso.*

Los privilegios parlamentarios

2. — Los llamados privilegios de las cámaras y de sus miembros encierran el ejercicio de una competencia privativa cuando, para su aplicación y goce, es menester que la cámara haga algo sin el concurso de la otra.

Remitimos al cap. XXXII, acápite IV.

Los poderes implícitos

3. — En las competencias privativas del senado y de la cámara de diputados hay que incluir sus "poderes implícitos", existentes para ejercer competencias privativas, o competencias del congreso a cuyo ejercicio cada cámara concurre en común con la otra.

Remitimos al cap. XXXIV, acápite XVII.

II. LAS COMPETENCIAS DE LA CAMARA DE DIPUTADOS

El artículo 52 de la constitución

4. — La sanción de la ley, a la que concurre en acto complejo cada cámara sesionando y aprobando el proyecto por separado, no es competencia privativa e independiente de cada cámara, sino del congreso a través de la voluntad doble y bifurcada del senado y de diputados. Pero aun así, puede considerarse como una competencia *exclusiva* de la cámara de diputados la *iniciativa* de las leyes sobre *contribuciones y reclutamiento de tropas* (art. 52), ya que si bien la ley que se sancione será "del congreso", el *tratamiento del proyecto* ha de comenzar necesariamente en diputados como cámara "de origen". La competencia propia no es, entonces, la de sancionar la ley, sino la de "iniciarla" en la etapa constitutiva.

Sabemos que esta iniciativa no consiste en la formulación del proyecto, sino en *la prioridad* para su tratamiento como cámara de origen.

Las leyes que imponen contribuciones o gravámenes pero que no son propiamente impositivas (porque esas cargas están destinadas a organismos de estímulo o fomento y tienen naturaleza "parafiscal"), parece que también han de comenzar su tratamiento en la cámara de diputados, por analogía con el espíritu del art. 52.

Asimismo, la competencia privativa de la cámara de diputados para ser cámara de origen en las leyes de contribuciones nos parece que incluye a las leyes de *desgravación o exención* impositivas.

Los artículos 39 y 40 de la constitución

5. — Conforme al *art. 39*, la cámara de diputados debe ser cámara de origen para que ante ella se presenten los proyectos de ley que

propone el cuerpo electoral en ejercicio del derecho de *iniciativa popular*.

También por el *art. 40* la cámara de diputados tiene la iniciativa para someter a *consulta popular* un proyecto de ley.

III. LAS COMPETENCIAS DEL SENADO

Su concepto

6. — A pesar de la ya señalada igualdad de ambas cámaras, el senado tiene mayor número de competencias privativas a través de una serie de actos que expide él solo.

Los distintos casos

7. — a) El senado *nombra su presidente provisorio* (art. 58).

La diferencia con la cámara de diputados radica en que ésta elige sus autoridades de acuerdo con normas infraconstitucionales (por ej.: las de su propio reglamento interno) en tanto el senado lo hace por concesión expresa de la constitución.

b) El senado *autoriza* al presidente de la república para declarar en *estado de sitio* uno o varios puntos de la república en caso de *ataque exterior* (*arts. 61 y 99 inc. 16*).

c) El senado *presta* acuerdo para que el presidente de la república nombre: c') a los magistrados de la Corte Suprema (art. 99 inc. 4º); y c") a los oficiales superiores de las fuerzas armadas (art. 99 inc. 13 —salvo en campo de batalla—). También presta acuerdo para que el presidente nombre y "remueva" a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios (art. 99 inc. 7º).

El acuerdo del senado debe prestarse para *un cargo determinado,* y no indeterminadamente. Por ende, cada vez que se opera un traslado o un ascenso es imprescindible un nuevo acuerdo.

Cuando el poder ejecutivo requiere el acuerdo sin cumplir con las determinaciones que entendemos necesarias, el senado debe solicitar al ejecutivo las correspondientes precisiones y, entre tanto, no prestar el acuerdo.

La sesión en que el senado trata acuerdos debe ser *pública.*

En los casos en que un funcionario federal debe ser nombrado por el presidente de la república en ejercicio de la jefatura de estado y de gobierno que inviste el poder ejecutivo, o por el jefe de gabinete de ministros, es *inconstitucional*

que la ley exija además el acuerdo del senado para su designación porque, entre otras razones, viola la zona de reserva del ejecutivo.

Para los *acuerdos* del senado, ver cap. XXXVIII, nºs 83 a 88.

El senado como cámara de origen

8. — El *art. 74 inc. 2º párrafo cuarto* obliga a que la *ley-convenio de coparticipación federal impositiva* tenga origen, para su tratamiento, en la cámara de senadores.

También para las iniciativas que prevé el art. 75 inc. 19 párrafo segundo, el senado ha de ser cámara de origen a efectos de proveer al *crecimiento armónico* de "la nación" y al *poblamiento de su territorio,* y para promover políticas diferenciadas que tiendan a *equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.*

IV. EL JUICIO POLITICO

Su encuadre constitucional

9. — El juicio político es el procedimiento de *destitución* previsto para que los funcionarios pasibles de él no continúen en el desempeño de sus cargos.

Se lo denomina juicio "político" porque *no es un juicio penal* que persiga castigar (aunque una de sus causales pueda ser delictuosa), sino *separar* del cargo. Por eso, su trámite se agota y concluye con la remoción, de donde inferimos que carece de objetivo y finalidad si el funcionario ya no se halla en ejercicio.

La reforma constitucional de 1994

10. — En forma muy sintética señalamos su incidencia en el ámbito del juicio político.

a) En materia de *funcionarios* enjuiciables hay una reducción y una ampliación, porque: a') en el *poder judicial,* el juicio se reserva para los jueces de la Corte, y se suprime para los de tribunales federales inferiores que, por los arts. 114 y115, quedan sometidos a acusación por el Consejo de la Magistratura y a enjuiciamiento por un tribunal o jurado de enjuiciamiento; a") en el *ministerio,* se ha incorporado al jefe de gabinete.

b) En cuanto al *procedimiento,* el del juicio político en el congreso no ha sido modificado, pero por lo que decimos en el precedente sub-

inciso a') se ha establecido un mecanismo independiente de enjuiciamiento político para los *jueces de tribunales federales inferiores* en los arts. 114 y 115 (ver cap. XLIV, acápite III).

c) De lo expuesto surge que actualmente el juicio político ha quedado reservado para las magistraturas y cargos superiores del gobierno federal.

La intervención de cada cámara en nuestro régimen

11. — Estudiamos el juicio político entre las competencias propias de cada cámara porque si bien intervienen las *dos* cámaras, cada una lo hace a título de función *privativa,* y con alcances distintos; o sea, no concurren —como en la sanción de la ley— a realizar un acto común, sino que cumplen *separadamente* un acto especial: una *"acusa"* y la otra *"juzga"*.

a) La *cámara de diputados* declara haber lugar a la formación de causa, después de conocer de la razón que se invoca para el juicio político. Necesita mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes (art. 53).

En la etapa acusatoria que se cumple en la cámara de diputados damos por cierto que, antes de la decisión que a ella le incumbe, es necesario cumplir y respetar las reglas básicas del *debido proceso.* La omisión no quedaría subsanada, a nuestro juicio, por el hecho de que en la etapa de juzgamiento por el senado se le diera al acusado la oportunidad de defensa y prueba (ver nº 20).

b) El *senado* juzga en *juicio público* a los acusados por la cámara de diputados. Previamente, los senadores prestan juramento para este acto. Para la declaración de culpabilidad también se exige una mayoría de dos tercios de los miembros presentes (art. 59). El fallo del senado *no tiene más efecto que "destituir" al acusado* (fin principal) y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza, o a sueldo de la nación (fin accesorio) (art. 60). De tal modo, *se puede destituir sin inhabilitar, pero no inhabilitar sin destituir.*

Además, para que el senado pueda destituir es necesario que el acusado esté en ejercicio de su función; si renuncia mientras pende el juicio político —y la renuncia es aceptada— el juicio político concluye ipso facto por falta de objeto —que es únicamente removerlo del cargo, y no castigarlo—. Por eso, el art. 60 in fine dispone que la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio

y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. (Ver nos. 24 y 26).

Los funcionarios enjuiciables, las causales y la tramitación del juicio político

12. — Son pasibles de juicio político, conforme al art. 53: a) el presidente de la república; b) el vicepresidente; c) el jefe de gabinete y los ministros; d) los miembros de la Corte Suprema.

Hasta la reforma de 1860, eran también susceptibles de juicio político: a) los miembros de ambas cámaras; b) los gobernadores de provincia. Hasta la reforma de 1994 también los jueces de tribunales federales inferiores.

La serie de funcionarios pasibles de juicio político que trae el art. 53 no puede ser ampliada por ley.

Tal vez alguien suponga que una ley puede establecer que otros funcionarios importantes no previstos en la constitución sólo pueden ser removidos por juicio político, a efectos de asegurarles estabilidad, independencia, o mayor responsabilidad. Pero no se trata de que estos propósitos estén o no en juego; se trata de que cuando una ley consigna que un funcionario no es susceptible de remoción más que mediante juicio político, está impidiendo que mientras se desempeña en su cargo sea sometido a proceso penal (porque después veremos que sin previa destitución por juicio político ningún funcionario pasible de él puede ser objeto de proceso penal); y es evidente que si ese resultado no viene dado como garantía funcional (o "privilegio") a alguien por la propia constitución, la ley no puede concederlo, porque de otorgarlo interfiere inconstitucionalmente en la administración de justicia y en la zona de reserva del poder judicial, al privar a los jueces de su jurisdicción penal para procesar a una persona, además de violar la igualdad de los justiciables.

No obstante lo dicho, la competencia del congreso en materia de organización del poder judicial federal y la del art. 120 para regular el *ministerio público* habilita a la ley para incluir a los miembros de dicho ministerio como funcionarios que sólo pueden ser removidos de sus cargos mediante juicio político, a efectos de asegurarles sus inmunidades funcionales.

13. — Las *"causas" de responsabilidad* —como las denomina el art. 53 constitucional— que hacen viable la acusación y la destitución son tres: a) *mal desempeño;* b) *delito en el ejercicio de sus funciones;* c) *crímenes comunes.*

Las dos últimas implican la comisión de hechos que el código penal vigente (y a veces aun la propia constitución: arts. 15, 22, 29, 36 y119) tipifican como delitos; pero el juzgamiento de los mismos no se efectúa a título de punibilidad o castigo, sino solamente de separación del cargo. Y tanto que —ya lo dijimos— el castigo ordinario de tipo penal se deriva, después de la destitución por el senado, a los tribunales judiciales de acuerdo con la ley.

14. — Se ha planteado la duda acerca de si la parte del art. 110 que garantiza la inamovilidad de los jueces "mientras dure su *buena conducta*", puede significar que cuando incurren en *"mala conducta"* se configura una causal para removerlos mediante juicio político, y si tal supuesta causal de "mala conducta" se viene a añadir —por causa del mismo art. 110— como otra causal distinta e independiente a las otras tres (mal desempeño, delitos en ejercicio de las funciones, y crímenes comunes) que prevé el art. 53 cuando específicamente enfoca el enjuiciamiento político.

Si se responde afirmativamente, habría una cuarta causal emanada del art. 110, es decir, con independencia y con autonomía fuera del art. 53, que sería la "mala conducta".

Esta interpretación no es, a nuestro criterio, correcta, porque la "mala conducta" a que apunta el art. 110 para hacer cesar la garantía de inamovilidad judicial remite a los únicos tres casos de procedencia del juicio político enumerados taxativamente en el art. 53, y se subsume en uno o más de ellos; en esta forma, la mala conducta del art. 110 tiene necesariamente que equivaler a mal desempeño, a delitos en la función judicial, o a crímenes comunes, con lo que cualquier otro tipo de "mala conducta" que no coincida con los anteriores queda extrañado de las causales de juicio político.

15. — Reflexión similar nos merece el caso del *presidente de la república* que ahora, por el art. 99 inc. 1º, es "responsable *político* de la administración general del país". Esta responsabilidad "política" no da lugar, a nuestro criterio, para promover juicio político, salvo que las conductas o los hechos de "irresponsabilidad *política*" que se imputen puedan encuadrarse en una causal del art. 53.

En cuanto al *jefe de gabinete de ministros,* que también figura entre los funcionarios pasibles de juicio político, y que por el art. 100 tiene "responsabilidad política" ante el congreso, hay que recordar que además de su posible enjuiciamiento político, está sujeto a remoción por el congreso, de acuerdo al art. 101. Para tal remoción, basta que las cámaras estimen razonablemente que ha actuado sin la debida responsabilidad política, en tanto que para el juicio político creemos exigible que su conducta pueda subsumirse —al igual que en el caso del presidente— en una causal del art. 53.

16. — a) *Mal desempeño* es lo contrario de *"buen" desempeño.* La fórmula tiene latitud y flexibilidad amplias. Mientras los delitos en ejercicio de la función o los crímenes comunes circunscriben la causa

a una figura penal preexistente en la constitución o en la ley penal, el mal desempeño carece de un marco definitorio previamente establecido. No está descripto el concepto constitucional de mal desempeño.

Por ello, estimamos que el mal desempeño puede no ser doloso ni culposo, y provenir —por ej.— de causas ajenas a la voluntad del funcionario. Un presidente que perdiera el uso de la razón, o padeciera una hemiplejia, y no renunciara o no pudiera renunciar, sería pasible de juicio político. El hecho de que la constitución hable de responsabilidad, de acusación y de declaración de culpabilidad no tiene alcance subjetivo, sino objetivo —e incluso, en casos como los ejemplificados, extraño a la propia voluntad del imputado—.

Entendemos que el "mal desempeño" no es susceptible de ninguna reglamentación infraconstitucional, porque normas ajenas a la constitución no pueden delinear la figura ni fijarle supuestos configurativos, ya que es el senado el que, de acuerdo a su juicio, puede y debe valorar por sí mismo si tal o cual conducta implica desempeñarse mal, por lo que ninguna norma fuera de la constitución puede vincularlo a encuadrar en el mal desempeño (o a excluir de él) determinados casos.

b) Diferente es la *causal penal* de "delito" en el ejercicio de las funciones y de "crímenes" comunes, porque ella necesita la incriminación legal de la conducta (sobre la base de que no hay delito sin ley previa) lo cual significa que el senado debe moverse dentro del marco de las figuras del código penal, y que no puede encuadrar la causa penal del art. 53 de la constitución si le falta aquélla incriminación.

La diferencia con el mal desempeño se hace, por eso, notoria; el mal desempeño no puede ser definido en una reglamentación legal, en tanto cuando el art. 53 se refiere a "delito" y "crímenes" remite a conductas que únicamente la ley penal puede convertir en criminosas y, por ende, para aplicar esta causal penal es indispensable la ley incriminatoria (salvo para los delitos que tipifica la propia constitución).

17. — Cuando el acusado es el presidente de la república, el senado debe ser presidido por el presidente de la Corte Suprema, y no por el vicepresidente; la precaución contenida en el art. 53 obedece a prevenir que el vicepresidente influya en la decisión para suceder en el cargo al presidente en caso de destitución. Cuando el acusado es el vicepresidente, la constitución no dice quién preside el senado; normalmente, se pensaría que debería hacerlo el presidente provi-

sional del senado, pero nos parece que también en este caso, por razones de cargo e imparcialidad, la presidencia le incumbe al presidente de la Corte Suprema.

18. — El juicio debe ser *público*. Se trata de una función *jurisdiccional* y, por ende, ha de rodeársela de las garantías de defensa y debido proceso. El fallo debe ser *motivado*.

Si el período de sesiones concluye antes de la terminación del juicio, el senado debe continuar sus funciones de tribunal, sin interrupciones, hasta la finalización del juicio político.

19. — La constitución no prevé la *suspensión* del funcionario ni después de la acusación por la cámara de diputados, ni durante el juzgamiento por el senado. Creemos que ni una ni otro pueden disponerla. El funcionario permanece en la plenitud del ejercicio de sus funciones —a menos que, tratándose de un ministro o de un juez de la Corte el presidente de la república o el propio tribunal disponga, en ejercicio del poder disciplinario, la suspensión a las resultas del juicio político—.

No es éste el criterio de la Corte. Así, por Acordada 67 del 20 de noviembre de 1990 el alto tribunal decidió —por mayoría— que no procedía su intervención, que le había sido requerida por la cámara federal de apelaciones de San Martín (provincia de Buenos Aires) para que propusiera al congreso la suspensión del juez federal de Mercedes Miguel A. Zitto Soria hasta tanto se resolviera su juicio político.

Asimismo, la praxis constitucional muestra casos en los que el senado ha suspendido a jueces sometidos al juicio político, y ello está previsto en su reglamento especial, incluso con similar suspensión en el pago de sus remuneraciones.

La naturaleza y el procedimiento

20. — Ya dijimos que el juicio político no es un juicio penal (ver nº 9), pero la doctrina discrepa en torno a si es realmente un "juicio" de naturaleza *jurisdiccional,* o no; es decir, si tiene naturaleza exclusivamente *política.*

El vocabulario de la constitución acude en favor de la respuesta afirmativa del carácter *jurisdiccional,* porque usa los vocablos "causa", "juicio (público)", "fallo", a más del verbo "juzgar". Todo ello en los arts. 53, 59 y 60.

Por cierto que la índole jurisdiccional del juicio político no lo convierte en un proceso judicial, porque se trata de una actividad jurisdiccional a cargo de un órgano eminentemente *político* como es el senado. Por ende, la naturaleza jurisdiccional no riñe con el carácter político.

Esa naturaleza jurisdiccional hace obligatoria la aplicación de las

pautas viscerales del *debido proceso,* y así lo tiene establecido el derecho judicial de la Corte Suprema. Asimismo, la acusación que efectúa la cámara de diputados ante el senado impide a éste juzgar por hechos no incluidos en ella, de modo que la vinculatoriedad que para el juicio tiene la acusación es una de las razones por las cuales hemos dicho que también en su trámite ante la cámara de diputados se debe garantizar el derecho de defensa (ver nº 11 a).

La no reiteración de un nuevo procedimiento por los mismos hechos

21. — Cuando la cámara de diputados en cuanto ejerce su función de acusar *rechaza la acusación,* y por ende el trámite no pasa al senado, estamos ciertos de que por los *mismos hechos* no puede posteriormente reiniciar otro procedimiento acusatorio.

Cuando en la etapa de enjuiciamiento el senado *no destituye,* tampoco es viable que después recomience otro enjuiciamiento por los mismos hechos.

Tales reaperturas son, para nosotros, inconstitucionales porque, como mínimo, implican: a) conculcar el principio del "non bis in idem"; b) ignorar la pauta de *preclusión* en las etapas concluidas, así como su efecto; c) transgredir la intangibilidad de la *cosa juzgada* que, aunque propia de las sentencias en los procesos judiciales, se traslada al caso del enjuiciamiento político.

El juicio político como "ante-juicio" para habilitar el proceso penal

22. — El art. 60 estipula que *después* de la destitución por juicio político, la parte "condenada" quedará sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Esto significa claramente que "antes" de la destitución por juicio político, es imposible someterla a proceso penal ordinario, o lo que es igual, que "mientras" se halla en ejercicio de su función está exenta de proceso penal. Primero hay que separar a la persona de su cargo mediante el juicio político, y luego quedan habilitados los jueces competentes para el correspondiente proceso penal.

Esta imposibilidad de juicio penal —cualquiera sea la valoración crítica que merezca— viene impuesta por la propia constitución a favor de los funcionarios taxativamente enumerados en el art. 53.

Se trata en realidad de un *antejuicio,* o *privilegio procesal,* que establece determinadas condiciones extraordinarias para el proceso penal de una persona, y consiste en un impedimento que posterga el proceso común hasta que se hayan producido ciertos actos —en el

caso, destitución por juicio político—. No es una inmunidad penal que derive de la persona, sino una garantía de funcionamiento a favor del órgano, como inmunidad de proceso.

23. — El juicio político como "ante-juicio" del proceso penal es una garantía o inmunidad más amplia que el desafuero de los legisladores, porque éste sólo significa que, mientras la cámara no lo otorga, el legislador no puede ser privado de la libertad en un proceso penal (pero el proceso se puede iniciar y tramitar), en tanto el juicio político implica que si mediante él no se llega a la destitución, ninguno de los funcionarios del art. 53 puede ser sometido a proceso penal mientras desempeña sus funciones; es, por ende, una "inmunidad de proceso", como antes lo explicamos.

24. — Que el proceso penal no se puede sustanciar respecto de los funcionarios incluidos en el art. 45 quiere decir que tampoco se los puede *absolver o sobreseer* durante el desempeño de su cargo, sencillamente porque para llegar a ese resultado hace falta el proceso judicial que la constitución impide.

Del fallo de la Corte Suprema recaído con fecha 22 de setiembre de 1977 en el incidente de excepción de cosa juzgada relativa a la ex presidenta María Estela Martínez de Perón se desprende el criterio de que: a) los jueces carecen de jurisdicción para juzgar al presidente de la república mientras no sea destituido en juicio político; b) tampoco tienen jurisdicción para "exculpar", porque carecen de ella para dictar toda sentencia válida, tanto de condena como de absolución; c) el juzgamiento judicial del presidente antes de su destitución por juicio político lesiona una prerrogativa del poder ejecutivo cuanto la esfera de competencia específica del congreso, al anteponer su veredicto decisorio al del antejuicio propio de las cámaras; d) la sentencia judicial dictada en esas condiciones carece de la fuerza de la cosa juzgada; e) la actuación de los jueces se limita a atribuciones de investigación para comprobar hechos presumiblemente delictuosos, pero no puede llegar a emitir con carácter decisorio y efectividad de sentencia un pronunciamiento que implica juicio definitivo acerca de la conducta del presidente resolviendo sobre su responsabilidad o su falta de culpabilidad en la comisión de un delito.

Sin embargo, en 1988 la Corte consideró admisible —en el caso "Zenón Cevallos"— que se iniciaran actuaciones penales y se tomara lo que entonces se denominaba declaración informativa.

Una teoría disidente

25. — La tesis de que el juicio político es, para los funcionarios pasibles de él, un ante-juicio ineludible respecto de su sometimiento a proceso penal, es rebatida por Carlos A. Garber, a quien adhiere Humberto Quiroga Lavié.

Con apoyo en jurisprudencia norteamericana y en su personal interpretación de nuestra constitución, Garber sostiene rotundamente que el enjuiciamiento político y la destitución solamente son viables después de mediar previa sen-

tencia firme de condena penal dispuesta por un tribunal judicial. Ello es así en el caso de que la causal sea la de delito en ejercicio de las funciones o la de crímenes comunes, pero no cuando la causal consiste en mal desempeño.

Entre otros argumentos, se acude al de que nadie es responsable de un delito si un tribunal judicial no lo declara responsable, para de ahí en más afirmar que la remoción en juicio político por causal delictuosa sin existir una anterior condena judicial entraña para el juez destituido una violación de su derecho al debido proceso.

El juicio político a ex-funcionarios

26. — Se ha discutido si el juicio político es viable *después* que el funcionario ha dejado de desempeñar su cargo. Quienes responden afirmativamente, alegan que un ex-funcionario puede ser sometido a juicio político al *solo efecto de que el senado se pronuncie sobre su inhabilitación.* Para fundar esta postura, sostienen que la declaración de incapacidad para ocupar empleo de honor, de confianza, o a sueldo del estado, puede ser aplicada con independencia de la destitución, porque *no* es necesariamente un "accesorio" de ésta.

Entendemos que esta tesis es equivocada. El juicio político tiene como finalidad la *destitución,* y ésta sólo es posible mientras el funcionario se encuentra en el cargo. La "inhabilitación" no es sino un *accesorio* eventual de la remoción, que nunca puede disponerse si no se destituye. (Ver nº 11 b).

Que la declaración de incapacidad (inhabilitación) para ocupar empleo de honor, de confianza, o a sueldo del estado, es un "accesorio" que sólo puede disponerse cuando se destituye al funcionario, surge claramente si se lee atentamente el art. 60. Allí se dice que fallo del senado "no tendrá *más efecto que destituir* al acusado, y *aun declararle incapaz* de ocupar ningún empleo de honor, de confianza, o a sueldo de la nación". El no tener "*más* efecto" significa que la finalidad *principal* es remover. El "*aun* declararle incapaz" revela que, *además* de destituir, y como *accesorio,* se puede inhabilitar. Repárese en que no se ofrece la alternativa de destituir "o" inhabilitar.

El control judicial sobre el juicio político

27. — Tal como nuestro derecho constitucional del poder ha institucionalizado el juicio político, no cabe duda de que es competencia *exclusiva de cada cámara* del congreso, "acusar" y "destituir".

Nos estamos preguntando si después es posible algún *recurso* ante el *poder judicial;* en principio parece que *no,* porque es al senado a quien incumbe ponderar la acusación de la cámara de diputados, investigar los hechos, y resolver si el acusado debe o no ser destituido e inhabilitado. Pero si aparte de ese juicio sobre el *"fondo del asunto"* —que parece *irrevisable*— se incurre en algún vicio grave de *forma*

en el procedimiento, el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia ha de quedar expedito, a efectos de preservar la garantía del debido proceso.

La distinción es importante; ningún órgano, fuera del senado, puede juzgar los *hechos*, porque el fondo del asunto es competencia exclusiva y excluyente de esa cámara; pero el aspecto puramente de *forma* —por ej.: violación de la defensa— ha de ser revisable judicialmente, ya que con eso no se invade lo privativo del senado, sino que se controla el procedimiento; y el procedimiento jamás es privativo de ningún órgano cuando está comprometida o violada una garantía constitucional.

El derecho judicial de la Corte Suprema sobre la justiciabilidad

28. — Hasta 1986 la Corte inhibía —con diversidad de argumentos— el control judicial sobre las decisiones recaídas en los enjuiciamientos políticos.

El 19 de diciembre de 1986 admitió la procedencia del recurso extraordinario federal en el juicio político a miembros de la Corte de Justicia de San Juan, y el 29 de diciembre de 1987 dejó sentado el criterio de la *justiciabilidad* cuando media disputa sobre violación de garantías constitucionales (caso "Magin Suárez").

En otra serie de casos referidos a enjuiciamiento político de *funcionarios provinciales* (no solamente jueces) consolidó el nuevo sesgo de la *justiciabilidad,* hasta que en 1993 ratifica esta pauta por vez primera en el juicio político a un juez federal (caso "Nicosia").

De la interpretación que efectuamos a partir del citado caso "Nicosia" surge que: a) la *Corte es competente* en instancia originaria para verificar si en el enjuiciamiento político el órgano actuante tiene competencia constitucional para intervenir, y para verificar si se han respetado las condiciones y las formas de procedimiento y las garantías del debido proceso; pero b) *no* le corresponde intervenir en lo que hace a la conducta o al desempeño que han sido puestos bajo enjuiciamiento.

De ello inferimos que más que decir que la *decisión final destitutoria* es "irrevisable" o "no judiciable", debemos afirmar que nos hallamos ante un caso excepcional en que *la propia constitución coloca fuera de la competencia judicial a una decisión final y definitiva de un órgano de poder* (en el caso "Nicosia", el senado federal).

29. — El desdoblamiento del enjuiciamiento político en una etapa acusatoria y otra juzgadora nos permite trasladar a la primera las pautas recién resumidas en la jurisprudencia de la Corte. Aun cuando ésta no ha hecho justiciable la acusación, creemos que si en la instancia que con ella se cierra para dar paso al juzgamiento se imputan irregularidades, hay cuestión judiciable suficiente. Las mismas no se pueden considerar remediables en la etapa siguiente, máxime cuando producida la acusación se ha hecho irreversible el posterior enjuiciamiento derivado.

Por ende, la competencia del órgano acusador, sus límites, sus formalidades y condiciones, y las garantías elementales del debido proceso, han de someterse a posible control judicial de constitucionalidad, que no debe retraerse por la circunstancia cierta de que sea el órgano juzgador el que inviste definitivamente la facultad de emitir la decisión final en cuanto a la cuestión central que dio lugar a la acusación.

Nuestra crítica valorativa al juicio político

30. — Como crítica general, podemos comenzar afirmando que, de hecho, el juicio político ha sido un aparato ineficaz, además de lento, que se utiliza so color de partidos, y que a veces hasta resulta de uso imposible cuando el funcionario que puede ser objeto de él pertenece al mismo partido que domina una o ambas cámaras. En nuestro régimen no se ha empleado jamás para acusar al presidente y al vice; sólo ha tenido aplicación con relación a los jueces —y en este ámbito, cabe señalar la experiencia penosa del juicio político a los miembros de la Corte Suprema, destituidos inicuamente durante el gobierno de Perón en 1947—.

El enjuiciamiento político de los gobernantes —no obstante ser "político"— no funciona cuando se lo asigna al congreso. De mayor eficacia e imparcialidad parece la solución de incluirlo dentro de la competencia de un órgano o tribunal judicial o especial, como para los jueces de tribunales inferiores a la Corte lo ha hecho la reforma constitucional de 1994.

Por otra parte, la inmunidad penal que se consagra impidiendo el proceso judicial por delitos mientras el funcionario no queda destituido previamente en juicio político, hiere la justicia, aunque se invoque razón de garantizar el ejercicio del poder. Si el gobernante delinque, su condición de órgano del poder no puede dificultar el ejercicio de la jurisdicción penal, igual para todos los habitantes. Exigir que previamente se lo remueva por juicio político, cuando conocemos el mecanismo del proceso, es impedir lisa y llanamente la intervención judicial común.

CAPÍTULO XXXVII

EL PODER EJECUTIVO

I. LA NATURALEZA DEL PODER EJECUTIVO. - El poder ejecutivo como poder originario. - La función a cargo del poder ejecutivo. - II. LA DENOMINACIÓN Y EL CARÁCTER DEL PODER EJECUTIVO. - El "nombre" del poder ejecutivo en nuestro derecho constitucional del poder. - La unipersonalidad de nuestro poder ejecutivo. - El vicepresidente. III. EL PRESIDENCIALISMO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. - El juicio sobre su moderación o su refuerzo. - *Las competencias presidenciales y la inserción del jefe de gabinete.* - *El poder reglamentario.* - *La "delegación".* - *El refrendo.* - Las competencias presidenciales en las relaciones interórganos. - *La Comisión Bicameral Permanente.* - El balance. - IV. EL ACCESO AL CARGO Y LA PERMANENCIA EN EL MISMO. - Las condiciones de elegibilidad. - *A) La ciudadanía.* - *B) La religión.* - *C) La renta.* - *D) Los otros requisitos exigidos para ser elegido senador.* - *Cuándo deben reunirse los requisitos.* - La duración en el ejercicio del cargo, y la reelección. - El sueldo. - La incompatibilidad. - El juramento. - V. LOS PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ACEFALÍA. - La acefalía del poder ejecutivo. - El artículo 88 de la constitución. - Las causales de acefalía. - *A) La inhabilidad.* - *B) La ausencia.* - *C) La muerte y la renuncia.* - *D) La destitución.* - La sucesión del vicepresidente. - La "determinación" del sucesor por el congreso. - *La interpretación del artículo 88.* - La ley de acefalía Nº 20.972. - El juramento del sucesor. - *A) Juramento del vicepresidente.* - *B) Juramento de los otros funcionarios.* - La vacancia de la vicepresidencia. - VI. LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL. - La elección directa. - El ballotage. - El cómputo de los votos en blanco.

I. LA NATURALEZA DEL PODER EJECUTIVO

El poder ejecutivo como poder originario

1. — En la trinidad de poderes derivada de la teoría de Montesquieu, el poder ejecutivo es el poder *originario.* Entendemos que el poder del estado comenzó actuando en forma monolítica, abarcando todas las funciones, las que, aun cuando pudieran distinguirse conceptualmente y realmente, no estaban divididas, repartidas, ni separadas en su ejercicio entre órganos distintos. Al operarse progresivamente el reparto divisorio, las funciones legislativa y judicial *se desprenden* del núcleo primario para atribuirse a órganos propios, en tanto la función del poder ejecutivo es *retenida* por el órgano que anteriormente las concentraba a todas.

Cuando el poder del estado en su triple dimensión ejecutiva, legislativa y judicial ya no legisla ni juzga —porque legislan y juzgan otros órganos separados—, el poder ejecutivo retiene todo lo que no es legislación ni administración de justicia. O sea que el núcleo residual del poder estatal es conservado por el ejecutivo.

Cuando logra independencia la justicia, y luego la legislación, lo que queda por exclusión se llama *administración.* Y la función administrativa se radica fundamentalmente, en el poder ejecutivo (aunque no exclusivamente).

La función a cargo del poder ejecutivo

2. — El objetivo "ejecutivo" podría dar la pauta de que es un mero "ejecutor", que se limita a *aplicar* las decisiones proporcionadas por los otros órganos del poder. Y nada más lejos actualmente de la verdad y de la realidad. El poder ejecutivo tiene el *liderazgo* del poder político, y es el motor primitivo y principal de la dinámica estatal.

Su actividad suele descomponerse en dos rubros: a) la actividad *política* en su sentido más puro, o actividad *gubernamental,* y b) la actividad *administrativa.* Ambas son actividades vitales, continuas y permanentes. Ambas importan conducir y dirigir realmente la empresa estatal, y accionar sin paréntesis el poder político.

Para nosotros, el poder ejecutivo resume una triple actividad: 1º) *la política gubernativa,* vinculada a la constitución, pero libre en su iniciativa y en su desarrollo; 2º) la *administración,* que tampoco es siempre meramente de ejecución, porque si bien es *sub-legal* (o sea, que debe moverse en un plazo *inferior,* vinculado por la ley) presupone también en amplias zonas un poder de iniciativa; 3º) la *ejecución,* o decisión ejecutoria, que recae en la aplicación y el cumplimiento de una decisión, sea ésta emanada de otro órgano —congreso o judicatura— o del mismo órgano ejecutivo.

3. — En la ciencia política se habla de *liderazgo político.* Aplicado al caso, significa que el órgano encargado del poder ejecutivo acusa un *acrecimiento* de poder, y que la persona que es portadora de ese órgano se vale de tal acrecimiento para acentuar su gravitación personal.

II. LA DENOMINACION Y EL CARACTER DEL PODER EJECUTIVO

El "nombre" del poder ejecutivo en nuestro derecho constitucional del poder

4. — El "órgano-institución" que la constitución formal denomina *poder ejecutivo* se individualiza en el "*presidente* de la Nación Argentina".

Tales los nombres que aparecen en el léxico del texto constitucional, tanto

en el art. 87 como en el resto de sus normas, con excepción del art. 23 que habla del "presidente de la república". El lenguaje vulgar le asigna también el título de primer magistrado, o primer mandatario.

El hecho de que el texto constitucional hable de "presidente" (en masculino) no debe llevar a una interpretación literal o gramatical tan superflua como la que niega llamar "presidenta" (en femenino) a la mujer que pueda acceder al poder ejecutivo. Mucho menos sirve para sugerir que, por figurar la palabra "presidente" en masculino, las mujeres están inhabilitadas por la constitución para acceder al poder ejecutivo.

La unipersonalidad de nuestro poder ejecutivo

5. — El art. 87 de nuestra constitución enuncia que "el poder ejecutivo de la nación será desempeñado por *un* ciudadano con el título de «Presidente de la Nación Argentina»". Una interpretación puramente gramatical de esta norma no dejaría lugar a dudas acerca del carácter *unipersonal o monocrático* de nuestro poder ejecutivo. "Poder ejecutivo" es *solamente* "el presidente" de la república.

Pero la interpretación constitucional no puede hacerse literalmente sobre una norma aislada, como si estuviera desconectada del resto de la constitución. Por eso, lo que en el art. 87 parece evidente, suscita dudas cuando se lo complementa con otras disposiciones de la misma constitución referentes al *jefe de gabinete* y a los *ministros* del poder ejecutivo (cap. IV de la sección 2ª, título 1º de la segunda parte) La propia constitución habla allí "del jefe de gabinete y demás ministros del poder ejecutivo", como si formaran parte de él.

Lo que decide la toma de posición acerca de la unipersonalidad o colegialidad del ejecutivo es la interpretación del art. 100, que exige el *refrendo* y legalización ministerial de los actos del presidente, por medio de la firma, sin cuyo requisito esos actos carecen de *eficacia.* a) Si el presidente necesita del refrendo del jefe de gabinete y/o de uno o más ministros para cumplir las funciones que le incumben como poder ejecutivo, parecería que ese poder ejecutivo fuera *colegiado.* Así lo entendió Matienzo, y así lo afirma actualmente Marienhoff. b) En la tesis de la unipersonalidad, en cambio, se afirma que el poder ejecutivo es *monocrático,* porque está a cargo de un órgano-institución portado por *un solo* individuo, que es el presidente de la república. A esta posición nos hemos sumado, interpretando que el *ministerio* es un órgano constitucional auxiliar, pero *al margen del ejecutivo,* y por ende, también de la trinidad de poderes que la constitución institucionaliza *(extrapoderes).*

6. — Los ministros son ministros "del" poder ejecutivo porque acompañan al titular del mismo en el ejercicio de sus funciones, pero no porque estén "dentro" de él. Es decir que, *aun fuera* de la tríada de poderes, se asocian a uno de esos tres poderes, que es el ejecutivo, y no a los otros (bien que con éstos puedan tener relaciones inter-órganos). El refrendo es requisito de *eficacia* para el acto presidencial, como la promulgación del ejecutivo lo es para la ley sancionada por el congreso. Y aun aceptando que los actos presidenciales refrendados por el ministerio aparecen como actos *complejos*, resultantes del concurso de voluntades de varios órganos, el acto complejo es *desigual*, porque prevalece la voluntad de uno de los órganos concurrentes —en el caso, la del presidente de la república—. En efecto, pudiendo el presidente nombrar y *remover por sí solo* al jefe de gabinete y a sus ministros, la negativa del refrendo le deja expedita la posibilidad de separar al ministro reticente y de reemplazarlo por otro, con lo que la unipersonalidad se salva, porque la decisión originaria para realizar el acto pende de una voluntad única (aun cuando para la eficacia del acto necesite conformar un acto completo con el refrendo ministerial).

El vicepresidente

7. — La situación del vicepresidente puede enfocarse desde dos perspectiva, que arrojan resultado diferente. El vicepresidente como *presidente del senado* forma parte del órgano "congreso", o sea, está *dentro*, y no fuera, de uno de los tres poderes —el legislativo—. Pero nuestra constitución también contempla la situación del vicepresidente en la parte dedicada al poder ejecutivo, y después de enunciar en el art. 87 que el poder ejecutivo es desempeñado por el presidente, en el art. 88 regula la función del vicepresidente en caso de ausencia, enfermedad, muerte, renuncia o destitución del primero; y dice que en tales situaciones el poder ejecutivo será ejercido por el vicepresidente. Y luego los artículos 89 —sobre condiciones de elegibilidad—, 90 —sobre duración del cargo—, 92 —sobre sueldo—, 93 —sobre juramento— y 94 a 98 —sobre forma y tiempo de la elección— se refieren conjuntamente al presidente y al vicepresidente.

Sin embargo, esta regulación que dentro de la parte dedicada al poder ejecutivo hace la constitución con respecto al vicepresidente, y este tratamiento en común que para muchos aspectos utiliza refiriéndose al presidente y vice, no significan que el vicepresidente forme parte del poder ejecutivo. Y acá sí, con respecto al ejecutivo unipersonal, el vicepresidente es un *órgano "extra-poder"* porque está "fuera" del poder ejecutivo y no forma parte de él.

III. EL PRESIDENCIALISMO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

El juicio sobre su moderación o su refuerzo

8. — En lo que llamaríamos la "letra" de las *normas* constitu-

cionales nuevas que son producto de la reforma de 1994, el sistema presidencial ha cambiado algo. Esto nadie lo duda, o muy pocos. La duda radica en otro campo: ¿se ha atenuado realmente el presidencialismo en comparación con el diseñado en la constitución histórica o, a la inversa, se ha reforzado?

Con la sola letra de la constitución, la pregunta ha recibido dos respuestas: hay quienes opinan que las normas apuntan a una moderación, y quienes dicen que se ha incrementado el poder presidencial.

Siguiendo a Juan Carlos Cassagne, podría afirmarse que una atenuación mínima queda "literalmente" expresada en tres aspectos:

a) *la prohibición de que el presidente ejerza facultades delegadas* por el congreso —con las excepciones habilitantes del art. 76—; personalmente, añadiríamos *la prohibición de promulgación parcial de leyes* —también con la excepción prevista en el art. 80—;

b) *la competencia del congreso para remover al jefe de gabinete* en las condiciones del art. 101;

c) *la prohibición de que el presidente dicte decretos de necesidad y urgencia* —con las excepciones autorizantes del art. 99, inc. 3º—.

9. — Si de la letra de las normas pasamos a la *realidad* del mundo jurídico y de sus conductas, la respuesta se vuelve, seguramente, más difícil. Además, ha transcurrido poco tiempo, no obstante lo cual el estilo político con que desde la reforma se ejerce el poder ejecutivo acusa una *concentración muy fuerte de poder,* con pretensión ostensible de *predominio* sobre el congreso, a lo que se añade una imagen social muy desfavorable —en sentido institucional— hacia el *poder judicial,* incluida la Corte Suprema. Queda la sensación de que para el imaginario colectivo la reforma no ha sido útil para morigerar al presidencialismo, y de que la reelección del presidente ha prevalecido con marcada intencionalidad para relegar el resto de las modificaciones introducidas a un lugar periférico y secundario.

Remitimos a los nºs. 20 y 21.

Las competencias presidenciales y la inserción del jefe de gabinete

10. — Por un lado, el presidente de la república retiene la *jefatura del estado y la del gobierno* (art. 99, inc. 1º), pero la *jefatura de la*

administración ha recibido un deslinde bastante ambiguo: *el presidente es responsable "político" de la administración general* del país (art. 99, inc. 1º) y el *jefe de gabinete de ministros "ejerce" esa administración general* (art. 100, inc. 1º). ¿Qué son una cosa y la otra, definidas del modo expuesto?

Es válido distinguir la *titularidad* de la competencia y el *ejercicio* de la misma; por eso, el presidente podría ejercer esa jefatura en forma concurrente con el jefe de gabinete, a menos que se tratara de facultades privativas del último. (Ver cap. XXXVIII, nº 3).

En suma, subsiste la *relación jerárquica* entre el presidente y el jefe de gabinete, al que nombra y remueve por sí solo (art. 99 inc. 7º).

11. — El presidente *ha perdido* la *jefatura* local e inmediata de la *capital;* la supresión de la norma que se la concedía nos lleva a decir que el decaimiento de esa jefatura no se limita transitoriamente al tiempo en que la capital quede situada en la ciudad de Buenos Aires —que conforme al art. 129 tiene un régimen de gobierno autónomo— sino que se extenderá también a un eventual período ulterior si es que la capital se traslada a otro lugar distinto de la ciudad de Buenos Aires.

El poder reglamentario

12. — El presidente conserva el *poder reglamentario* de las leyes en forma igual a la descripta en el viejo art. 86, inc. 2º (ahora art. 99, inc. 2º), pero el *jefe de gabinete* expide:

a) los actos y reglamentos que sean necesarios para ejercer las facultades que a él le atribuye el art. 100, más

b) los que sean necesarios para ejercer las que le "delegue" (debería decir: "impute") el presidente, con el refrendo del ministro del ramo al cual se refiera el acto o el reglamento.

Tampoco hay aquí una clara división entre la competencia presidencial para reglamentar las leyes, y la del jefe de gabinete para emitir actos y reglamentos relacionados con sus propias atribuciones. ¿Cuál es la frontera para saber si una instrucción, un acto, o un reglamento se hacen necesarios para la "ejecución" de las leyes, o si únicamente son necesarios para que el jefe de gabinete "ejerza sus competencias"? ¿Quién dirime la duda? ¿Y cuáles son las facultades que el presidente puede "delegarle"? ¿No sigue habiendo actos privativos del presidente que son insusceptibles de transferirse?

13. — Como respuesta mínima cabe decir que en la letra de la constitución

el *jefe de gabinete* tiene algunas *facultades "privativas"* o exclusivas, como: a) presidir las reuniones del gabinete de ministros cuando está ausente el presidente (art. 100, inciso 5º); b) refrendar los decretos que dicta el presidente por delegación legislativa del congreso (art. 100, inciso 12); c) tomar a su cargo la intervención y el refrendo en el mecanismo de los decretos de necesidad y urgencia (art. 100, inciso 13, en correlación con el art. 99, inc. 3º) y de los que promulgan parcialmente una ley (art. 100, inc. 13, en correlación con el art. 80).

Si en este tríptico se clausuran las facultades que solamente puede ejercer el jefe de gabinete, parece que en toda la gama de las demás competencias que le atribuye el texto reformado hay *concurrencia* con las del presidente, a condición de aceptar que éste inviste la "titularidad" en la jefatura de la administración, y que el jefe de gabinete inviste únicamente su "ejercicio". (Ver nº 10).

Un ejemplo de la relación jerárquica entre presidente y jefe de gabinete aparece en la facultad de este último para "hacer recaudar las rentas de la nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional" (art. 100, inciso 7º), respecto de la cual el art. 99 inciso 10 otorga al presidente la facultad de *supervisión*.

La "delegación"

14. — En cuanto a la mal llamada "delegación" (que es "imputación" de funciones), hay que añadir que, además de la facultad del jefe de gabinete para *expedir los actos y reglamentos* que sean necesarios para *ejercer las facultades que le son propias y las "delegadas" por el presidente* (art. 100, inc. 2º), el mismo art. 100 inc. 4º le concede competencia para *ejercer directamente* las facultades y atribuciones *delegadas* por el presidente. Y esto no es lo mismo porque, en verdad, una cosa es expedir actos y reglamentos que son necesarios *para ejercer facultades delegadas*, y otra es ejercer *directamente* facultades presidenciales por "delegación".

15. — El *jefe de gabinete* también resuelve, en acuerdo de gabinete, sobre materias que el poder ejecutivo *le indica* (¿se asemeja o no a las "delegaciones" antes mencionadas?) o sobre las que, por *decisión propia*, estima necesarias por su importancia en el ámbito de su competencia. Así reza el mismo inc. 4º del art. 100. Todo vuelve a girar en torno de las imprecisiones que el texto ofrece acerca de las competencias del jefe de gabinete en varios de los numerales del art. 100.

El refrendo

16. — En el área presidencial, el inc. 3º del art. 99 contiene los *decretos de necesidad y urgencia*. Con ellos, ¿se le da al presidente mayor poder que antes, o se amortigua el que, sin tener previsión específica en la constitución histórica, acumuló por el dictado de aquellos decretos, sobre todo desde 1989?

Añadimos, por ahora, que los decretos de necesidad y urgencia deben ser refrendados conjuntamente por el jefe de gabinete y los demás ministros, y que igual refrendo precisan los decretos que *promulgan parcialmente a una ley* (art. 100, inc. 13). Unos decretos y otros tienen que ser sometidos personalmente por el jefe de gabinete a consideración de la *Comisión Bicameral Permanente* del congreso dentro de los diez días de sancionados (ídem).

17. — Asimismo, el jefe de gabinete *refrenda* los decretos presidenciales que se dictan en ejercicio de facultades que han sido *delegadas por el congreso al poder ejecutivo* conforme al art. 76; dichos decretos también quedan sujetos a *control de la Comisión Bicameral Permanente.* Todo ello surge del art. 100, inc. 12.

Las competencias presidenciales en las relaciones interórganos

18. — Existe otra serie de paliativos posibles, en conexión con diferentes órganos de poder y extrapoderes. Así:

a) En el *poder judicial* hacemos una subdivisión que presenta modificaciones respecto del régimen anterior: a) los magistrados de la Corte Suprema mantienen el mismo mecanismo de designación —por el poder ejecutivo con acuerdo del senado— pero el acuerdo ahora requiere dos tercios de votos de sus miembros presentes, y la sesión debe ser pública; b) para los jueces de tribunales federales inferiores, los nombramientos se efectúan con intervención mediadora del Consejo de la Magistratura, y las remociones a través de un jurado de enjuiciamiento.

b) Los *órganos de control* —como la *Auditoría General de la Nación* y el *Defensor del Pueblo*— pueden ser valorados como elementos de equilibrio, fiscalización y contralor. Algo similar cabe predicar del *Ministerio Público,* que ha logrado cortar amarras con el poder ejecutivo.

c) Si examinamos la *relación interórganos "poder ejecutivo-congreso",* aparece la facultad de cada cámara para *interpelar* (a efectos de tratar una moción de censura) al *jefe de gabinete,* por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cualquiera de las cámaras; y para *removerlo* con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de ellas, todo conforme al art. 101.

El art. 101 obliga también al jefe de gabinete a concurrir al menos una vez por mes, alternativamente, a cada una de las cámaras, para informar de la *marcha del gobierno.*

d) Las *prohibiciones al ejecutivo* para emitir disposiciones de carácter *legislativo* (art. 99 inc 3º), para *promulgar parcialmente* las leyes (art. 80), y para que el congreso le *delegue* competencias legislativas (art. 76) tienen en las mismas normas impeditivas sus excepciones habilitantes. (Ver nº 8).

e) El período de *sesiones ordinarias del congreso* se ha ampliado desde el 1º de marzo al 30 de noviembre (art. 63), pero esta formalidad no basta para afirmar, sin más, que el congreso se halle en condición de fortificar sus competencias y, de ese modo, atemperar las presidenciales.

f) La competencia para *intervenir* a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires queda ahora explícitamente atribuida al *congreso* (art. 75 inc. 31), así como la de aprobar o revocar la que, de acuerdo con el art. 99 inc. 20, dispone durante su receso el poder ejecutivo.

g) La *ley de convocatoria a consulta popular* sobre un proyecto de ley *no puede ser vetada;* el voto afirmativo del cuerpo electoral la convierte en *ley de promulgación automática* (art. 40).

La Comisión Bicameral Permanente

19. — La introducción de la Comisión Bicameral Permanente es una novedad que coloca en interacción al *poder ejecutivo,* al *jefe de gabinete* de ministros, y al *congreso.* La ley debe reglamentar las relaciones previstas en las respectivas cláusulas constitucionales para viabilizar su funcionamiento eficaz.

El balance

20. — El paisaje descripto es amplio. Cuando se lo completa con la posibilidad de *reelección presidencial* por un solo período consecutivo (art. 90) retrocedemos a la balanza para saber si lo que la continuidad presidencial en el cargo agrega al poder del presidente queda equilibrado por otras normas con una efectiva moderación del presidencialismo. Y las contestaciones difieren.

Nuestra opinión personal nos lleva a algunas conclusiones:

a) La *reelección presidencial* no es de nuestro agrado en ningún país de América Latina; la reprobamos enérgicamente, y tampoco se compensa con la reducción del período a cuatro años (art. 90);

b) En la disyuntiva de sincerar instituciones que, como los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa, habían adquirido vigencia sociológica antes de la reforma, o en cambio establecer prohibiciones sin excepción

alguna, nos inclinamos a decir que un prudente realismo jurídico hacía aconsejable asumirlas expresamente, más allá de que su uso haya ido mostrando un abuso exorbitado de las excepciones autorizadas;

c) Nos hacemos cargo de que las nuevas normas surgidas de la reforma revisten riesgos en su aplicación que, sin duda alguna, depende en gran medida de cómo sea la composición partidaria y la actuación del congreso en relación con el poder ejecutivo, de qué estilo personal imprima a su gestión el presidente y el jefe de gabinete, y de qué grado de dependencia exhiba éste respecto de aquél.

El balance se cierra con lo que adelantamos en el nº 9.

21. — Conviene destacar adicionalmente algunas otras cuestiones importantes:

a) Desde nuestra perspectiva doctrinaria, no parece que la reforma haya alterado la *unipersonalidad* del poder ejecutivo;

b) La reforma ha omitido diseñar las relaciones entre el jefe de gabinete y los demás ministros, o sea, hay una *laguna* a colmarse por ley;

c) Tampoco ha previsto la llamada "censura" *constructiva* que es conocida en sistemas parlamentarios o semiparlamentarios, a efectos de que, removido el jefe de gabinete por el congreso, sea éste el que simultáneamente designe a su sucesor;

d) Tampoco se ha incorporado el contrapeso de la censura con la facultad de *disolver el congreso.*

Lo señalado en los anteriores incisos c) y d) creemos que no tolera superarse mediante leyes, porque aquí el silencio de la constitución equivale a la afirmación y la decisión de que no puede haber censura constructiva ni disolución del congreso.

IV. EL ACCESO AL CARGO Y LA PERMANENCIA EN EL MISMO

Las condiciones de elegibilidad

22. — El actual art. 89 dice: "Para ser elegido presidente o vicepresidente de la Nación, se requiere haber nacido en el territorio argentino, o ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero; y las demás calidades exigidas para ser elegido senador."

A) La ciudadanía

23. — En primer lugar, se exige la *ciudadanía argentina.* Se-

guimos sosteniendo que para nuestra constitución, "ciudadanía" y "nacionalidad" son la misma cosa. El presidente debe ser ciudadano *nativo,* o *hijo* de ciudadano *nativo.*

Esta última posibilidad tiene el sentido de una liberalidad de claro sentido histórico, mediante la cual los constituyentes de 1853 permitieron el eventual acceso a la presidencia de los hijos de argentinos nativos que nacieron en el extranjero durante el exilio provocado por la tiranía de Rosas, pero la norma no agotó su viabilidad de aplicación con la generación a la cual se destinaba concretamente, y podría resucitar una similar razón concreta de funcionamiento con los nacidos fuera del país, de padres argentinos nativos que en determinadas épocas emigraron también al extranjero.

Lo que debe quedar en claro es que el *hijo de argentino nativo que ha nacido en el extranjero* y que accede a la presidencia, *no* queda investido por el art. 76 de la nacionalidad (o ciudadanía) argentina. Es un *extranjero* a quien la constitución, sin convertirlo en argentino, le confiere condición para ser presidente.

Esta clara interpretación personal nos lleva a decir que para el supuesto recién referido se exime del requisito de tener *seis años de ciudadanía,* que figura entre "las calidades exigidas para ser senador" del art. 55, al que remite el art. 89.

No es extravagante nuestro punto de vista porque tampoco tiene sentido imponerle al presidente el requisito senatorial de "ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella", desde que el presidente no es electo por provincia alguna. (Ver nº 27).

B) La religión

24. — Antes de la reforma de 1994, el entonces art. 76 incluía entre las condiciones para ser elegido presidente la de "pertenecer a la comunión católica apostólica romana".

No vale ya escudriñar la "ratio" de la norma ni explicar lo que, para nuestra interpretación, significaba esa "pertenencia", cuándo se debía dar por reunida, cuándo y por qué causales se perdía. En su momento, eran útiles las inevitables remisiones al derecho canónico.

Ahora, la reforma ha eliminado la aludida condición confesional, lo que en la contemporaneidad se adecua al pluralismo religioso y democrático de carácter igualitario e, incluso, al propio ecumenismo prohijado por la Iglesia Católica Romana. Desde antes de la reforma propiciábamos que, al llevarse a cabo, este requisito fuera suprimido.

Por su parte, nuestra sociedad valoraba —desde hace tiempo— en muchos

de sus sectores que la condición impuesta implicaba una discriminación religiosa.

25. — Volvemos a sostener que tal eliminación *no* se ha hecho en reciprocidad a la pérdida de vigencia sociológica que, ya antes de la reforma, habían sufrido las normas constitucionales sobre patronato y pase que, por otro lado, han sido también suprimidas. El requisito de confesionalidad para ser presidente y vice no venía exigido por las competencias que la constitución asignaba al poder ejecutivo en relación con la Iglesia, sino por razones que, a la época de la constitución, se tuvieron como respuesta a la composición cultural y religiosa de la sociedad, y como expresión de reconocimiento tanto a ese fenómeno sociológico-espiritual cuanto a la confesionalidad de la constitución misma.

C) La renta

26. — La renta de *dos mil pesos fuertes* a la época de la constitución tiene un significado que, desde el punto de vista de la capacidad económica y de la riqueza personal, resulta considerable. Por un lado, cuando dos mil pesos fuertes de 1853 se transforman a valor onza de oro y luego se convierte el resultado a dólares, y éstos a su cotización en moneda argentina actual, se obtiene una suma cuantiosa, lo que —cuando por otro lado se advierte que se trata de "renta"— permite comprender que el patrimonio necesario para devengarla era y es de valor muy elevado.

El requisito de esta renta no parece provenir de un sentido *económico,* o de privilegio por riqueza. Creemos, más bien, que el constituyente dio por supuesto, en 1853, que el requisito de "idoneidad" derivado de la *educación* y la cultura se recluía, con criterio realista, en quienes por su "renta" habían tenido oportunidad de adquirir una formación satisfactoria. O sea, estableció la renta como signo de que quien la poseía tenía *idoneidad.*

De todos modos, la constitución material ha operado, con el cambio de circunstancias logrado a raíz de la alfabetización y la culturalización, una *mutación* por sustracción, por lo que la condición económica de la renta —que hoy ya no revela idoneidad por sí sola— ha dejado de ser exigible, y en una próxima reforma debe suprimirse, ya que en la de 1994 no se hizo, y resulta un requisito anacrónico.

D) Los otros requisitos exigidos para ser elegido senador

27. — En la remisión que al art. 55 hace el art 89 encontramos —además de la renta— la *edad,* la *nacionalidad natural* o la *residencia* de dos años en la provincia que elige al senador, y los seis años de *ciudadanía.*

La *edad* es de *treinta años.*

La *ciudadanía con antigüedad de seis años* no se aplica al pre-

sidente cuando éste ha nacido en el país, porque la posee desde su nacimiento. Tampoco rige para el extranjero que, como *hijo de ciudadano nativo,* puede ser elegido conforme al art. 89 que, para tal supuesto, descarta al requisito del art. 55. (Ver nº 23).

Tampoco se aplica el *haber nacido en la provincia* que lo elige o tener *dos años de residencia inmediata en ella,* porque el presidente no es elegido por provincia alguna. (Ver nº 23).

Por ende, el reenvío que efectúa el art. 89 al art. 55 merece prestarle atención para excluir lo mucho que del segundo no resulta aplicable para ser elegido presidente.

Cuándo deben reunirse los requisitos

28. — El art. 89 consigna que ellos hacen falta "para *ser elegido* presidente o vicepresidente". El art. 94 dice que ambos "serán *elegidos* directamente por el pueblo...", de donde surge que el momento de la *elección* del presidente y vice es el del *acto electoral* en el que el electorado vota por la fórmula.

Al tratarse de *elección directa* por el cuerpo electoral se hace necesaria la previa registración y oficialización de las candidaturas que van a postularse, por lo que no nos parece desatinado que sea en esa instancia donde la autoridad electoral competente verifique si los aspirantes reúnen los requisitos del art. 89, y exija que el tiempo de la oficialización sea a la vez el momento en que los mismos candidatos deben tener cumplidos tales condiciones constitucionales.

Se podrá alegar que *se es "elegido"* presidente y vice recién cuando la fórmula triunfadora queda *oficialmente proclamada* por la autoridad competente, y no antes, y que —por ende— es al momento de esa proclamación cuando se han de cumplir los requisitos, pudiendo algún candidato no reunirlos todavía el día del comicio.

En rigor, bien que el presidente y vice quedan "elegidos" cuando son proclamados oficialmente como tales, lo son porque el cuerpo electoral los eligió en la elección popular.

No obstante, con una postura intermedia, creemos que tratándose de requisitos objetivos como la edad, la oficialización de la candidatura de un aspirante que no tuviera a esa fecha treinta años cumplidos debería efectuarse si pudiera calcularse objetivamente que los cumpliría al tiempo de su proclamación (en caso de integrar la fórmula triunfadora).

La duración en el ejercicio del cargo y la reelección

29. — El nuevo art. 90 ha quedado formulado de la siguiente manera: "El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período."

El art. 91 dice: "El presidente de la Nación cesa en el poder el mismo día en que expira su período de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido, pueda ser motivo de que se le complete más tarde".

Aparece en primer lugar la reducción del período de desempeño de seis años a *cuatro;* luego viene la *supresión* de la prohibición de *reelección* inmediata, reemplazándose por la habilitación para ser reelegidos —o sucederse recíprocamente— por un *solo período consecutivo.*

30. — Es importante escarbar cuál es el principio que preside a esta reforma: si el reeleccionista, o el no reeleccionista. Quizá, a primera vista, se diría que al abolirse la rotunda prohibición del anterior art. 77 que exigía el intervalo de un período seisenal para la reelección, la reforma ha escogido el principio reeleccionista. No obstante, si además de la tradición surgida de la constitución histórica añadimos la limitación que ha introducido la reforma al autorizar la reelección inmediata *sólo por un nuevo lapso de cuatro años,* hay base para admitir que, aun muy atenuado, y con nueva modalidad, *subsiste el principio no reelec-cionista.*

Parece confirmarlo la *cláusula transitoria novena* cuando estipula que el mandato del presidente en ejercicio al tiempo de sancionarse la reforma deberá considerarse como primer período.

31. — Inferimos de los arts. 90 y 91 que el período presidencial (salvo el supuesto de reelección autorizado) no admite prórroga, ni duración mayor que los cuatro años, pero puede quedar la duda de si es susceptible de *acortarse.*

Interpretamos con personal seguridad que el *lapso fijado* descarta y prohíbe, a la vez, *ampliar o reducir* su tiempo. Una permanencia menor de cuatro años exactos sólo puede derivar, constitucionalmente, de alguna causal de *acefalía* definitiva (muerte, renuncia, o destitución), lo que significa que si esa causal se produce, la situación debe encuadrarse y resolverse a tenor de la hipótesis de la referida acefalía.

Debe tenerse presente la *excepción* estipulada en la *disposición transitoria décima,* que dio duración mayor al período presidencial —desde el 8 de julio de 1995 al 10 de diciembre de 1999—.

El sueldo

32. — El presidente y vice gozan por el art. 92 de un sueldo pagado por el tesoro nacional. Su monto no puede "alterarse" en el período de sus nombramientos, o sea, ni *aumentarse* ni *disminuirse.*

Una interpretación realista nos lleva a sostener que la *inalterabilidad* del sueldo presidencial impide que por acto de los órganos de poder se disminuya o se aumente, pero que cuando la *disminución* no es nominal sino *de valor* a causa de la depreciación monetaria, también se produce "alteración" y se "debe" restablecer la identidad real del sueldo, aunque para eso la cantidad se eleve.

La incompatibilidad

33. — Durante el período de desempeño, agrega el art. 92, ni el presidente ni el vice pueden ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento nacional ni provincial.

Se trata de una incompatibilidad *absoluta,* que impone total dedicación al cargo, e impide no sólo percibir remuneraciones, sino también ejercer otras actividades —aunque fuesen honorarias—. La prohibición de acumular emolumentos nacionales o provinciales alcanza asimismo a retribuciones privadas y municipales. Sin embargo, la rigidez no puede conducir hasta privar del goce y disfrute de derechos económicos fundados en leyes generales —como sería, por ej.: la participación como socio en una empresa donde el presidente tuviera invertido capital propio, la renta patrimonial, etc.—. De impedirse también esto, se convertiría al presidente en un sujeto destituido de capacidad de derecho para contratar y ejercer una serie de actos jurídicos. Y tal incapacidad jurídica no puede presumirse.

El juramento

34. — El art. 93 contiene la nueva fórmula del juramento que han de prestar el presidente y el vicepresidente al tomar posesión de sus cargos.

Dice así: "Al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento, en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de: desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de

presidente (o vicepresidente) de la Nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina".

La comparación con el anterior art. 80 hace entender que el actual 93 se ha compatibilizado con la supresión del requisito de confesionalidad en el art. 89. En la *fórmula de juramento* se prevé y respeta la *convicción religiosa* del presidente y del vice que, de pertenecer a alguna confesión, o de profesar un culto, pueden incluir las menciones de sus preferencias y, en caso contrario, omitirlas.

35. — El juramento es un requisito que hace a la *validez del título de jure* del presidente. Si se negara a prestarlo, o si hiciera asunción del cargo antes de prestarlo, el título presidencial quedaría viciado y, por ende, sería *de facto*.

El presidente lo presta *una sola vez*, y si por ausencia, enfermedad o cualquier otra causa delega sus funciones en el vicepresidente, o éste las asume, *no* debe prestarlo nuevamente al recuperar el ejercicio. En cambio, el juramento que el *vicepresidente* presta como tal, lo presta al solo efecto de su función vicepresidencial, por manera que cuando ejerce *definitivamente* el poder ejecutivo en reemplazo del presidente y de conformidad con el art. 88 de la constitución, debe prestar nuevo juramento —esta vez para el desempeño del cargo de presidente—. Pero no debe jurar cuando sólo asume el "ejercicio" del poder ejecutivo a título *transitorio*.

V. LOS PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ACEFALIA

La acefalía del poder ejecutivo

36. — La palabra acefalía, que proviene de la voz latina "acephalus" y de la griega "aképalos", significa privado de cabeza o sin cabeza. "Acefalía del poder ejecutivo" quiere decir que el poder ejecutivo queda sin cabeza, o sea, sin titular; siendo el ejecutivo *unipersonal*, eso ocurre cuando falta el único titular que tiene, es decir, el *presidente*. El poder ejecutivo está acéfalo cuando por cualquier causa no hay presidente, o si lo hay no puede ejercer sus funciones.

Que haya quien lo suceda, es otra cosa; la acefalía desaparecerá tan pronto ese alguien reemplace al presidente de la república.

El artículo 88 de la constitución

37. — El art. 88 —que mantiene el texto del anterior art. 75— enfoca dos supuestos: a) que una causal de acefalía *afecte únicamente al presidente* de la república, en cuyo caso el poder ejecutivo es ejercido por el vicepresidente (es lo que llamamos la "sucesión" del vicepresidente); b) que *tanto el presidente como el vice estén afectados*

por una causal de acefalía, en cuyo caso *le cabe al congreso "determinar" el funcionario público que ha de desempeñar la presidencia.*

La primera parte del art. 75 dice: "en caso de *enfermedad, ausencia* de la capital, *muerte, renuncia* o *destitución* del presidente, el poder ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la nación".

Observamos que aquí se enumeran taxativamente "cinco" causales de acefalía. La segunda parte agrega: "en caso de *destitución, muerte, dimisión* o *inhabilidad* del presidente y vicepresidente de la nación, el congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo".

Observamos que aquí se menciona "cuatro" causales de acefalía.

Ver nº 39.

38. — Cuando el vicepresidente no puede reemplazar al presidente, estamos ante un *impedimento* en lo que llamamos *"la sucesión del vice"*, pero no ante *"acefalía del poder ejecutivo"* porque como el vice no forma parte del poder ejecutivo, la "causal" que le impide suceder al presidente no configura acefalía en el poder ejecutivo (que es unipersonal). (Ver nº 36).

Las causales de acefalía

39. — Si se lee detenidamente el art. 88, se observa que en la primera parte, donde se refiere al presidente de la república, habla de "enfermedad", "ausencia de la capital", "muerte", "renuncia" o "destitución" (*cinco* causales). En cambio, en la segunda parte, cuando se refiere al presidente y al vicepresidente, habla de "destitución", "muerte", "dimisión" o "inhabilidad" (*cuatro* causales).

Haciendo el cotejo, se mantienen dos causales con las mismas palabras: "muerte" y "destitución"; se cambia la palabra de otra causal: "dimisión" en vez de "renuncia"; desaparece una causal: la "ausencia" de la capital; y es dudoso si la palabra "inhabilidad" equivale a "enfermedad", lo que también convierte en dudoso si la causal "enfermedad" se suprime y se sustituye por otra (inhabilidad), o si es la misma causal con nombre diferente.

Estamos ciertos de que, no obstante los matices diferenciales apuntados, para los dos supuestos previstos en el art. 88 *se trata siempre y solamente de "cinco" únicas causales*, de forma que las "cuatro" mentadas en la segunda parte son *iguales* (o equivalen) a

las "cinco" del vocabulario empleado al comienzo de la norma: a) *enfermedad o inhabilidad* (como equivalentes), b) *ausencia de la capital* (y con más razón del país), c) *muerte,* d) *renuncia o dimisión,* e) *destitución.*

En suma, interpretamos la lectura del art. 88 como si dijera: "En caso de *enfermedad* (o *inhabilidad*), *ausencia* de la capital, *muerte, renuncia,* o *destitución* del presidente, el poder ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la nación. En caso de destitución, muerte, renuncia, inhabilidad (o enfermedad) o ausencia de la capital del presidente y vicepresidente de la nación, el congreso determinará...".

De las cinco causas, tres adquieren constancia fehaciente e indudable: a) la *muerte* por sí sola; b) la *renuncia,* una vez aceptada por el congreso; c) la *destitución,* por juicio político. Las otras dos requieren comprobación: la enfermedad o inhabilidad, y la ausencia de la capital (y del país) no siempre son evidentes y públicas y, aun siéndolo, parece menester que alguien (algún órgano competente) constante y declare que la causal se ha configurado.

A) La inhabilidad

40. — *Enfermedad o inhabilidad.* Hemos unificado como sinónimos o equivalentes los conceptos "enfermedad" e "inhabilidad". Muchos de nuestros constitucionalistas llegan a admitir también la sinonimia, sea por incompetencia, por enfermedad, por imposibilidad o impedimentos de cualquier clase, o en definitiva, por cualquier motivo incapacitante distinto de la remoción, renuncia o muerte.

Linares Quintana y González Calderón han opinado que nuestro término constitucional "enfermedad" se refiere a todos los casos de incapacidad o inhabilidad: un presidente enfermo, demente, secuestrado, preso, etc., es un presidente *inhabilitado,* porque tiene impedimento, imposibilidad, incapacidad para desempeñarse, aun cuando el obstáculo sea ajeno a su voluntad (por ej.: secuestro), o a su propia conciencia cognoscente (por ej.: locura), o provenga de su salud; y con más razón si la inhabilidad es culposa.

41. — Si el presidente no reconoce su inhabilidad, la doctrina puede pensar tres soluciones para dar por comprobada y configurada la causal de acefalía, y para declarar que se ha producido a fin de abrir el reemplazo: a) que el *vicepresidente* llamado a suceder al presidente declare que hay acefalía y acceda a la presidencia por su propia decisión; b) que el *congreso* declare que hay acefalía; c) que el presidente sea *destituido por juicio político.*

La primera solución nos parece improcedente.

La tercera solución nos permite comentar que el juicio político puede ser una

vía apta, si la inhabilidad configura "mal desempeño"; pero no resulta imprescindible.

Nos queda, pues, la *competencia del congreso* para declarar —sin necesidad de juicio político— que se ha configurado la causal de acefalía llamada "inhabilidad" (o enfermedad).

42. — Quienes exigen inexorablemente el juicio político para destituir por "inhabilidad", no se dan cuenta de que si ante la inhabilidad (o enfermedad) el congreso no puede hacer nada más que destituir mediante juicio político, la causal "inhabilidad" (que aparece separada e independiente de la "destitución" en el art. 88) sería totalmente inocua e inútil, porque no se podría hacer valer ni juzgar por sí misma, sino subsumida en otra (la "destitución"). Por ende, creemos imposible e ilógico suponer que el constituyente previó la causal de "inhabilidad" (o enfermedad) como separada de la "destitución", pero que no articuló una vía y un órgano para declarar que se ha producido.

B) La ausencia

43. — *Ausencia de la capital.* Esta causal ha de entenderse actualmente como *ausencia del país.* Por un lado, si el constituyente configuró como causal de acefalía a la ausencia "de la capital", con más razón quiso prever dentro de ella a la *ausencia del país.* La norma escrita dice, en el caso, *menos* de lo que quiso decir su autor, por lo que corresponde hacer interpretación *extensiva,* ya que ir al extranjero es "más" que salir de la capital.

Por otro lado, la ausencia de la capital no puede ser hoy, en principio, una causal de acefalía, no obstante que no fue suprimida en la reforma de 1994. Ha perdido vigencia sociológica por desuetudo o uso contrario, al cambiar radicalmente la situación existente en 1853. Hacemos notar, en concordancia, que en el actual inc. 18 del art. 99, la autorización del congreso está prevista para que el presidente se ausente del país, habiéndose reformado el inc. 21 del anterior art. 86 que requería dicho permiso para salir de la capital.

44. — La ausencia presidencial es importante cuando se trata de *salidas al exterior.* Allí sí debe concurrir el *permiso del congreso,* por imperio del art. 99, inc. 18, que no admite esquivamiento de su aplicación para viajar al extranjero.

Hay doctrinas en el sentido de que el permiso debe ser conciso e individualizado, para "cada" oportunidad de ausencia al extranjero, con lo que se rechaza la especie de autorizaciones "en blanco", que dejan al criterio exclusivo del presidente ponderar la oportunidad, la conveniencia y el país de cada viaje futuro.

Es verdad que estamos ante una relación entre poder ejecutivo y congreso que traduce *control* del segundo sobre el primero, y tal control parece demandar

que el permiso recaiga en cada situación especial y concreta. No obstante, es nuestro propósito no endurecer las cláusulas constitucionales en demasía; por eso, si el congreso dispone de la facultad amplia de conceder o no el permiso para ausentarse del país, y de evaluar las razones políticas de cada viaje, puede dejársele al congreso el margen suficiente para otorgarlo en la forma que crea más conveniente: con indicación del lugar, con fijación de tiempo, en blanco, etc. Al fin y al cabo, el que controla es el que decide de qué modo, con qué alcance, en qué ocasión lo hace. Y si acaso el permiso se anticipa en bloque para salidas futuras, el congreso no pierde por ello la facultad de cancelarlo, o de pedir explicaciones ante una salida próxima o ya realizada.

C) La muerte y la renuncia

45. — *La muerte y* la *renuncia* son situaciones tan objetivas que no ofrecen duda. Pero la renuncia debe ser aceptada por el congreso (el art. 75 inc. 21 se refiere a admitir o desechar los "motivos" de dimisión del presidente o vicepresidente, lo que también revela que la renuncia debe ser *fundada*).

D) La destitución

46. — La *destitución o remoción.* La constitución prevé el *juicio político* para el presidente y el vice, con el resultado de que, si prospera, el fallo del senado importa por lo menos *destituir* al acusado. La constitución no conoce otro mecanismo destitutorio (el congreso que declarara, sin juicio político, inhabilitado al presidente, y abriera la sucesión al vice, no estaría "destituyendo", sino "declarando" que se ha producido vacancia o acefalía por existir causal suficiente).

La remoción por golpe de estado, revolución, o cualquier hecho de fuerza, es una causal *extraconstitucional;* por eso, quien asume la presidencia es un presidente de facto y no de jure (aun cuando asuma la presidencia aquél que señala la ley de acefalía).

La sucesión del vicepresidente

47. — Cuando una causal de acefalía afecta al presidente, "el poder ejecutivo será ejercido por el *vicepresidente*", según reza la primera parte del art. 89. *Hay acefalía,* pero hay un *sucesor.*

a) Si la acefalía es *definitiva,* el presidente cesa y la vacancia debe cubrirse en forma *permanente:* el vice ejerce el poder ejecutivo por todo el resto del período presidencial pendiente y *asume el cargo en sí mismo,* y *se convierte en presidente;* no es el vice "en ejercicio del poder ejecutivo", sino "el presidente"; con eso, desaparece la

acefalía, porque definitivamente el ejecutivo tiene un nuevo titular.

Con la transformación del vicepresidente en presidente, el órgano vicepresidencial queda a su vez acéfalo; de allí en adelante, *habrá presidente y no habrá vice.*

b) Si la acefalía *no es definitiva* —por ej.: por ausencia o enfermedad transitoria del presidente— el ejercicio que el vicepresidente hace del poder ejecutivo es algo así como una *suplencia,* hasta que el presidente reasuma sus funciones; en esos casos, el vice es sólo *vicepresidente en ejercicio del poder ejecutivo;* el presidente sigue siendo tal, sólo que "es" pero no ejerce, y por eso, cuando reasume, no presta nuevo juramento. El vice sigue siendo vice. O sea que *no sucede* al presidente en el cargo, sino sólo *lo reemplaza* en las funciones del cargo.

Sea que el vice reemplace definitivamente al presidente, sea que lo supla interinamente "en el ejercicio" del poder ejecutivo, tiene la plenitud de competencias constitucionales propias de dicho poder.

La "determinación" del sucesor por el congreso

48. — El art. 88 prevé que en determinada circunstancia, tanto el presidente como el vicepresidente están incursos en alguna de las cinco causales ya estudiadas, o sea que la sucesión constitucional del vicepresidente —sea definitiva o transitoria— queda impedida. La constitución no formula en esta hipótesis un llamamiento directo al poder, sino que prefiere asignar al *congreso la competencia para resolver la sucesión.*

El art. 88 dice expresamente: "En caso de destitución, muerte, dimisión o inhabilidad del presidente y vicepresidente de la Nación, *el congreso determinará qué funcionario público* ha de desempeñar la presidencia, hasta que haya cesado la causa de inhabilidad o un nuevo presidente sea electo".

El artículo autoriza, a nuestro juicio, dos interpretaciones igualmente válidas. La determinación puede hacerla el congreso: a) en *forma anticipada* y *general,* mediante una *ley* que para los casos futuros ordene la sucesión al poder (y así se hizo dictando las leyes de acefalía 252 y 20.972); b) en *cada caso* particular, una vez producida la acefalía presidencial e impedida la sucesión del vicepresidente.

La interpretación del artículo 88

49. — Las posiciones interpretativas en torno de esta parte del art. 88 son dispares.

a) Parte de la doctrina ha considerado *inconstitucional* dictar una "ley" de acefalía que preventivamente y en forma general y adelantada establezca el orden de sucesión al poder para todos los posibles casos futuros, porque cree que dictar dicha "ley" no es determinar qué funcionario ha de ocupar la presidencia, "determinación" que debe ser hecha en cada caso una vez producido.

b) Otra parte, consiente que es *válido* hacer tal "determinación" de modo general y anticipado mediante una "ley".

Por ende, aceptamos cualesquiera de estas dos soluciones para *determinar* qué funcionario público desempeñará la presidencia: a) que el congreso "determine" por *ley* (en forma general y anticipada) quién será ese funcionario; b) que el congreso no dicte esa ley, y que "determine" el sucesor *en el momento* en que se configure cada vez la ausencia del binomio presidente-vice, en forma concreta y particular para ese caso; o sea, "cada vez" que ocurra la situación, el congreso hará la "determinación" para esa vez.

Como variante, también nos parece válido: c) que *aun dictada la ley de acefalía,* el congreso puede *en un caso* particular *hacer excepción* al orden sucesorio previsto en la misma, y ejercer plenamente la solución del inc. b).

La ley de acefalía Nº 20.972

50. — La primera ley de acefalía fue la 252, dictada en 1868. *En 1975 fue derogada la ley 252 y sustituida por la Nº 20.972.*

Esta ley dispuso dos etapas para cubrir la acefalía: una *provisoria* hasta que el congreso elija el nuevo presidente, y otra *definitiva* a cargo del presidente electo por el congreso reunido en asamblea. Si la causal de acefalía es transitoria, la segunda etapa no se cumple.

El texto de la nueva ley 20.972 es el siguiente: "Art. 1º — En caso de acefalía por falta de presidente y vicepresidente de la nación, el poder ejecutivo será desempeñado transitoriamente en primer lugar por el presidente provisorio del senado, en segundo por el presidente de la cámara de diputados y a falta de éstos, por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, hasta tanto el congreso reunido en asamblea, haga la elección a que se refiere el artículo 75 (ahora 88)

de la constitución nacional. Art. 2º — La elección, en tal caso, se efectuará por el congreso de la nación, en asamblea que convocará y presidirá quien ejerza la presidencia del senado y que se reunirá por imperio de esta ley dentro de las 48 horas siguientes al hecho de la acefalía. La asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de las dos terceras partes de los miembros de cada cámara que la componen. Si no se logra ese quorum, se reunirá nuevamente a las 48 horas siguientes constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada cámara. Art. 3º — La elección se hará por mayoría absoluta de los presentes. Si no se obtuviere esa mayoría en la primera votación se hará por segunda vez, limitándose a las dos personas que en la primera hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En caso de empate, se repetirá la votación, y si resultase nuevo empate, decidirá el presidente de la asamblea votando por segunda vez. El voto será siempre nominal. La elección deberá quedar concluida en una sola reunión de la asamblea. Art. 4º — La elección deberá recaer en un funcionario que reúna los requisitos del artículo 76 (ahora 89) de la constitución nacional, y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: senador nacional, diputado nacional o gobernador de provincia. Art. 5º — Cuando la vacancia sea transitoria, el poder ejecutivo será desempeñado por los funcionarios indicados en el artículo 1º y en ese orden, hasta que reasuma el titular. Art. 6º — El funcionario que ha de ejercer el poder ejecutivo en los casos del artículo 1º de esta ley actuará con el título que le confiere el cargo que ocupa, con el agregado "en ejercicio del poder ejecutivo". Para el caso del artículo 4º el funcionario designado para ejercer la presidencia de la república deberá prestar el juramento que prescribe el artículo 80 (ahora 93) de la constitución nacional ante el congreso y en su ausencia, ante la Corte Suprema de Justicia. Art. 7º — Derógase la ley Nº 252 del día 19 de setiembre de 1868".

51. — a) Cuando la vacancia del poder ejecutivo es *transitoria* y el vice no puede suceder al presidente, la ley prevé el desempeño temporario del poder ejecutivo por alguno de los siguientes funcionarios, en este orden: 1º) el *presidente provisorio del senado;* 2º) el *presidente de la cámara de diputados;* 3) el *presidente de la Corte Suprema de Justicia.* El que asume, ejerce el poder ejecutivo "hasta que reasuma su titular".

Queda sin aclarar qué ocurre si ese funcionario asume por vacancia transitoria de la presidencia y de la vicepresidencia, y si mientras el presidente está afectado por una causal temporaria de acefalía, desaparece el impedimento también temporario del vicepresidente, y éste queda en condiciones de reemplazar al presidente. ¿Sigue ejerciendo el poder ejecutivo el funcionario aludido, o debe cesar para permitir que lo ejerza el vicepresidente? La ley dice en su art. 4º que ese funcionario se desempeña "hasta que reasume el titular" (o sea, el presidente). No obstante, creemos que cuando el vicepresidente transitoriamente impedido vuelve a estar en condiciones de ejercer la presidencia, la ley no puede

impedirlo, de modo que la fórmula de la ley 20.972 no es correcta para este supuesto, y debería rezar así: "hasta que reasuma el presidente" o "hasta que el vicepresidente esté en condiciones de reemplazarlo".

b) El dispositivo de la ley traduce, en todo lo demás, el mecanismo para la elección de presidente cuando la vacancia es *permanente*. En tal supuesto, hay dos etapas: b') en la primera, el poder ejecutivo es *ocupado transitoriamente* por uno de los funcionarios ya mencionados que prevé el art. 1º de la ley, en el orden que ella consigna; b") en la segunda, el congreso reunido en asamblea *elige definitivamente* al nuevo presidente, entre los senadores federales, diputados federales, y gobernadores de provincia.

52. — El presidente así electo por el congreso se convierte en presidente *definitivo* hasta concluir el período de su antecesor, con lo que se burla el espíritu de la constitución, en cuanto su art. 88 prevé la cobertura de la acefalía *hasta que un nuevo presidente sea electo*. No cabe duda que riñe con la constitución la detentación del poder ejecutivo con carácter permanente por un titular que no ha sido elegido mediante el procedimiento electoral arbitrado por la constitución. El art. 88 es suficientemente claro cuando dice que el funcionario que el congreso determina para desempeñar la presidencia, la ejercerá "hasta que haya cesado la causal de inhabilidad" (caso de transitoriedad) "o *un nuevo presidente sea electo*" (caso de definitividad). No se refiere a la elección normal cuando finaliza cada período de cuatro años, sino a una anticipada y especial para poner término al interinato del presidente surgido de la hipótesis del art. 88.

El juramento del sucesor

53. — a) *Juramento del vicepresidente.*

Remitimos al nº 35.

54. — b) *Juramento de los otros funcionarios*

En el sistema sucesorio de la ley 20.972, creemos que: b') cuando asume el ejercicio del poder ejecutivo alguno de los funcionarios mencionados en el art. 1º (presidente provisorio del senado, presidente de la cámara de diputados, presidente de la Corte Suprema) dicho funcionario debe prestar el juramento presidencial del art. 93 de la constitución, porque aunque los tres han jurado al hacerse cargo de su respectiva función para el desempeño de la misma, ninguno de ellos ha jurado con la fórmula constitucional a los fines de la sucesión presidencial; la *ley omite* regular este punto; b") cuando a continuación del

interinato de uno de esos tres funcionarios asume como presidente el funcionario que elige el congreso (un senador, o un diputado, o un gobernador provincial), la ley prevé que preste juramento constitucional como presidente, y tal es la solución correcta.

La vacancia de la vicepresidencia

55. — Puede no haber vicepresidente por dos circunstancias: a) porque habiendo presidente el vicepresidente *incurre en alguna de las causales del art. 88* —enfermedad o inhabilidad, ausencia, renuncia, muerte o destitución—; b) porque afectado el presidente por una causal de acefalía, quien es vicepresidente *pasa a ejercer la presidencia.* En cualquiera de ambas hipótesis, la falta de vicepresidente puede ser *definitiva* o *temporaria.* Cuando falta *definitivamente* el vicepresidente, el órgano-institución queda sin órgano-individuo que lo porte. ¿Qué cabe hacer ante ese vacío?

En primer término, conviene advertir que la constitución supone y regula como situación *normal* la existencia conjunta del *binomio* presidente-vice. O sea, que *debe hacer un vicepresidente;* pero la constitución ha dejado un silencio constitucional (o laguna) que debe llenarse por integración, y también en este extremo (como en tantos otros para los que la constitución no ha impuesto una solución o descartado otra), se *abren posibilidades,* todas igualmente *válidas* y, por ende, *constitucionales:*

a) la constitución *no obliga* expresamente a elegir nuevo vicepresidente; b) la constitución *no prohíbe* elegirlo; c) *parece mejor elegirlo,* porque la constitución prevé la existencia y la función del vicepresidente; aparte, la falta de vice desarticula las previsiones constitucionales sobre la eventual sucesión en el poder ejecutivo.

56. — En el *derecho constitucional material,* cabe observar el uso de soluciones distintas según las hipótesis de vacancia de la vicepresidencia.

a) Para los casos en que la vicepresidencia quedó vacante porque su titular sucedió al presidente al producirse acefalía del poder ejecutivo, parece existir norma consuetudinaria (por práctica) en el sentido de *no convocarse* a elecciones para elegir nuevo vicepresidente. (Esta norma no formulada por escrito tiene la vigencia sociológica que le asigna el uso, pero no implica que en el futuro pueda cobrar vigencia la opuesta.)

b) Para los casos en que la vacancia vicepresidencial se produjo por muerte o renuncia, la constitución material ha ejemplarizado el uso de una alternativa: elegir o no nuevo vice, según el caso; entre las dos, ha tenido mucho mayor seguimiento la segunda.

VI. LA ELECCION PRESIDENCIAL

La elección directa

57. — En los artículos 94 a 98 se reglamenta el nuevo sistema de designación del presidente y vicepresidente de la república.

El texto normativo es el siguiente:

Art. 94. — "El presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos *directamente por el pueblo*, en *doble vuelta*, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Art. 95. — La elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del presidente en ejercicio.

At. 96. — La *segunda vuelta electoral*, si correspondiere, se realizará entre las *dos fórmulas de candidatos más votadas*, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

Art. 97. — Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido *más del cuarenta y cinco por ciento* de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.

Art. 98. — Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación."

(La bastardilla es nuestra).

Como se advierte a la simple lectura, el mecanismo ha cambiado fundamentalmente, al sustituirse la tradicional elección indirecta mediante juntas o colegios electorales por la *elección directa a doble vuelta* (o ballotage).

58. — Siempre tuvimos la sensación de que uno de los aspectos que mayor consenso tenía en la sociedad, si en el futuro se realizaba una reforma de la constitución, era éste de la designación del presidente. Quizá la razón radicaba en el hecho de que la mediación de los partidos políticos había significado una mutación constitucional en la elección indirecta, cuyo funcionamiento operaba normalmente como si fuera directa. Ello en cuanto fue habitual que el partido

con mayor número de votos populares consiguiera un número de electores suficientes que, en las juntas electorales, consagraba por sí mismo la fórmula auspiciada por ese partido.

No obstante, se hace hincapié ahora en que el nuevo sistema desequilibra en mucho el peso del voto popular en toda la extensión del territorio, ya que son unas pocas provincias las que acumulan el porcentaje más elevado de ciudadanos con derecho electoral activo y las que, por ende, gravitan en el resultado de la elección directa, neutralizando el resultado que surja del resto de las provincias.

Ello ha sido señalado como un deterioro de nuestro federalismo, al opacarse el peso de la participación ciudadana en un vasto espacio geográfico del país, que se constituye en un distrito único.

Con ser verdad el fenómeno así descripto, pensamos que guarda un cierto paralelismo con el número de diputados que, conforme a la población de cada provincia, elige el electorado de las mismas para componer la cámara baja. Y, sobre todo, juzgamos que en el reemplazo de la elección indirecta por la directa hay un sinceramiento institucional que, asimismo, tiende a evitar los eventuales bloqueos en los colegios electorales, si es que el partido con mayor caudal no suma el número de electores necesario o no consigue alianzas con los de otros partidos.

59. — La *doble vuelta no se realiza* cuando:

a) en el primer acto electoral la fórmula más votada *supera el 45% de los votos* afirmativos válidamente emitidos;

b) en ese primer acto electoral la fórmula más votada *alcanza el 40%* al menos de los votos afirmativos válidamente emitidos, y además hay una *diferencia mayor del 10%* respecto del total de votos afirmativos emitidos válidamente a favor de la fórmula que le sigue en número de votos.

Cuando no concurre ninguna de estas dos hipótesis, se debe realizar un *segundo* acto electoral para que el electorado activo elija entre las *dos fórmulas más votadas* en la primera vuelta. La segunda tiene lugar dentro de los treinta días de realizada la anterior.

Ha de tenerse en cuenta que las normas analizadas imponen el *voto "por fórmula"*, es decir, por el binomio de candidatos que se postulan a la presidencia y a la vicepresidencia. No se vota por personas y, en consecuencia, el escrutinio se tiene que realizar por fórmulas y no por personas.

El ballotage

60. — Con el sistema electoral a doble vuelta se supone y se suele decir que en el primer comicio el elector opta libremente por la fórmula o los candidatos

que realmente prefiere —"vota con el *corazón*"—, y que en cambio en la eventual segunda vuelta reflexiona racionalmente para escoger una de entre dos fórmulas —"vota con la *razón*"—.

Sin embargo, dados los porcentuales de sufragios con que se ha regulado el ballotage argentino, la situación no coincide exactamente con la afirmación anterior. En efecto, cuando el elector reflexivo sabe que ya en la primera vuelta puede triunfar una fórmula si supera el 45%de los votos —en vez de lo habitual en el derecho comparado, que es más del 50%— ha de tener precaución con miras a la eventual segunda vuelta, que no se realiza si la fórmula que consiguió por lo menos el 40% en la primera tiene una diferencia de más de diez puntos porcentuales sobre la siguiente en cantidad de votos.

Estas perspectivas ya juegan desde la primera opción, de forma que no es tan cierto que en ella siempre vaya a existir plena libertad de decisión a gusto de cada elector cuando escoge una fórmula determinada.

61. — Las normas sobre el ballotage también han dejado en silencio algunos aspectos cruciales. En efecto, al referirse a "fórmulas", creemos que no permite que en la segunda vuelta pueda haber sustitución de candidatos respecto de las que se sometieron a elección en la primera, porque hablar de "fórmulas" más votadas presupone que no puede alterárselas después.

No obstante, es viable que alguna vez ocurra una de las siguientes hipótesis que ejemplificamos:

a) que el partido que ha postulado la fórmula que debe competir en la segunda vuelta, decida retirarse y abstenerse;

b) que sean los candidatos de la fórmula —uno de ellos, o ambos— los que adoptan similar decisión, lo que abre alternativas: b') que el partido no acepte la declinación personal de los candidatos; b") que la admita (con lo que se vuelve a la hipótesis de a);

c) que un candidato fallezca;

d) que un candidato incurra en una causal de inhabilitación.

Cualesquiera de tales situaciones bloquea la segunda vuelta, y parece necesario que tal bloqueo encuentre la vía de superación.

Como la constitución es en este punto lagunosa, consideramos necesario que la ley —aunque ninguno de los artículos 94 a 98 se refiere a ella— contemple y reglamente razonablemente los casos que hemos destacado en los ejemplos propuestos, porque entonces el reemplazo de candidatos o fórmulas no pugnaría con la prohibición de alterarlas.

Todo ello significa que cuando la constitución prevé que debe haber segunda vuelta y ésta no puede realizarse por alguna hipótesis similar a las ejemplificadas, hay que hallar una solución legal suficientemente razonable para dejar expedita la viabilidad del segundo acto electoral.

62. — La *ley 24.444*, de 1994, modificatoria del Código Electoral Nacional,

ha reglamentado las normas constitucionales nuevas en la materia. Los artículos 148 a 155 encaran parcialmente algunas de las posibles situaciones, no obstante lo cual dejan de satisfacernos en ciertos aspectos, por no prever determinadas hipótesis, o por obviar la segunda vuelta electoral.

Los textos pertinentes son los siguientes:

"Artículo 148 — El Presidente y Vicepresidente de la Nación serán elegidos simultánea y directamente por el pueblo de la Nación, con arreglo al sistema de doble vuelta, a cuyo fin el territorio nacional constituye un único distrito.

La convocatoria deberá hacerse con una anticipación no menor de noventa (90) días y deberá celebrarse dentro de los dos (2) meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente y Vicepresidente en ejercicio.

La convocatoria comprenderá la eventual segunda vuelta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo siguiente.

Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos de ambos cargos.

Artículo 149 — Resultará electa la fórmula que obtenga más del cuarenta y cinco por ciento (45%) de los votos afirmativos válidamente emitidos; en su defecto, aquella que hubiera obtenido el cuarenta por ciento (40%) por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, sobre la fórmula que le sigue en número de votos.

Artículo 150 — Si ninguna fórmula alcanzare esas mayorías y diferencias de acuerdo al escrutinio ejecutado por las Juntas Electorales, y cuyo resultado único para toda la Nación será anunciado por la Asamblea Legislativa atento lo dispuesto por el artículo 120 de la presente ley, se realizará una segunda vuelta dentro de los treinta (30) días.

Artículo 151 — En la segunda vuelta participarán solamente las dos fórmulas más votadas en la primera, resultando electa la que obtenga mayor número de votos afirmativos válidamente emitidos.

Artículo 152 — Dentro del quinto día de proclamadas las dos fórmulas más votadas, éstas deberán ratificar por escrito ante la Junta Electoral Nacional de la Capital Federal, su decisión de presentarse a la segunda vuelta. Si una de ellas no lo hiciera, será proclamada la otra.

Artículo 153 — En caso de muerte o renuncia de cualquiera de los candidatos de la fórmula que haya sido proclamada electa, se aplicará lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Nacional.

Artículo 154 — En caso de muerte de los dos candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral y antes de producirse la segunda, se convocará a una nueva elección.

En caso de muerte de uno de los candidatos de cualquiera de la dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, el partido político o alianza electoral que represente, deberá cubrir la vacancia en el término de siete (7) días corridos,

a los efectos de concurrir a la segunda vuelta.

Artículo 155 — En caso de renuncia de los dos candidatos de cualquier de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta, se proclamará electa a la otra.

En caso de renuncia de uno de los candidatos de cualquiera de las dos fórmulas más votadas en la primera vuelta electoral, no podrá cubrirse la vacante producida. Para el caso que la renuncia sea del candidato a Presidente, ocupará su lugar el candidato a Vicepresidente."

El cómputo de los votos en blanco

63. — Por último, queda sembrada una duda cuando los artículos 97 y 98, al fijar los porcentajes de sufragios en relación con la primera y la segunda vuelta, emplean la expresión "votos *afirmativos válidamente* emitidos". Se mezclan en la frase dos palabras —un adjetivo y un adverbio— que complican las respuestas. ¿Qué significa "afirmativos" y qué significa "válidamente"?

El problema apunta a los *votos en blanco;* no a los nulos o impugnados.

Voto *afirmativo* es el que "afirma" algo, pero queda en duda si votar en blanco también es "afirmar" una abstención o un rechazo respecto de todas las fórmulas y de cualquiera, como expresión de desagrado o de repudio.

Dentro de lo opinable, preferimos interpretar que la expresión "votos *afirmativos* válidamente emitidos" significa aludir a votos que realmente son *favorables positivamente para una fórmula.* De este modo, *no se han de computar los votos en blanco,* y se han de *deducir* del total de los válidamente emitidos.

CAPÍTULO XXXVIII

LA COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO

Su carácter. - La reforma constitucional de 1994. - I. LAS JEFATURAS PRESIDENCIALES. - Antes y después de la reforma de 1994. - La jefatura del estado. - La jefatura de gobierno. - La jefatura de la administración. - La jefatura de las fuerzas armadas. - II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. - La dualidad "presidente de la república" y "jefe de gabinete". - Las clases de administración. - La función administrativa y el "acto administrativo". - La descentralización autárquica. - III. LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS. - Su noción. - A) Los decretos reglamentarios. - *El exceso reglamentario.* - *Los decretos reglamentarios y la "delegación impropia".* - *La facultad reglamentaria a cargo de organismos administrativos dependientes del poder ejecutivo.* - *La facultad reglamentaria de las leyes a cargo del jefe de gabinete.* - B) Los reglamentos autónomos. - C) Los reglamentos delegados. - *El problema de la "delegación" por ley para que la administración sancione faltas y contravenciones.* - D) Los reglamentos de necesidad y urgencia. - IV. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. - El artículo 99 inciso 3º. - *Las normas, y la praxis antes de la reforma de 1994.* - El trámite, sus etapas, y su desembocadura. - *La prohibición de aprobación ficta.* - *La Comisión Bicameral.* - Los presupuestos de procedencia. - *¿La "emergencia"?: un reenvío al artículo 76.* - El control judicial. - El supuesto de omisión por el poder ejecutivo en calificar un decreto de necesidad y urgencia. - El supuesto de omisiones en el trámite inmediato al dictado del decreto. - La prohibición actual de dictar decretos de necesidad y urgencia. - V. LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO LEGISLATIVO. - Las fases del proceso legislativo en las que interviene el poder ejecutivo. - La iniciativa y la promulgación de la ley. - La fase de eficacia. - *Las leyes "secretas".* - El "momento" a partir del cual la ley produce efectos. - El veto. - *El plazo para vetar.* - *La "forma" del veto.* - *La difícil coordinación de los arts. 80 y 83.* - *Los actos del congreso que pueden vetarse.* - La promulgación parcial de las leyes. - *El derecho judicial anterior a 1994 en materia de veto parcial y de promulgación parcial.* - *La reforma de 1994.* - VI. LOS NOMBRAMIENTOS. - Su noción. - La designación de los jueces federales: las innovaciones en la reforma de 1994. - La terna del Consejo de la Magistratura. - La inamovilidad de los jueces. - El acuerdo del senado. - *La duración del acuerdo.* - *La renuncia de los jueces.* - La designación y remoción de los diplomáticos. - La designación de los oficiales de las fuerzas armadas. - La designación de los ministros del poder ejecutivo. - La designación de otros agentes. - *El acuerdo senatorial para cargos que no lo requieren por la constitución.* - *La estabilidad del empleado publico.* - VII. LOS NOMBRAMIENTOS "EN COMISIÓN". - El inciso 19 del artículo 99. - El acuerdo senatorial posterior al nombramiento en comisión. - VIII. LAS RELACIONES CON EL CONGRESO. - Su noción. - La apertura de las sesiones. - La prórroga de las

sesiones ordinarias y la convocatoria a extraordinarias. - La "ausencia" del presidente. - La renuncia del presidente. - IX. EL INDULTO. - Su concepto. - La oportunidad de concederlo. - Los casos en que no procede. - *El indulto en jurisdicción provincial.* - X. LAS RELACIONES INTERNACIONALES. - La conducción de las relaciones exteriores y la representación internacional del estado. - Los tratados. - *Remisiones.* - *La ratificación de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.* - XI. LOS PODERES MILITARES. - XII. EL ESTADO DE SITIO. - XIII. LOS "ACTOS DE GOBIERNO". - La actividad "política" del poder ejecutivo. - *El acto "institucional".* - La intervención federal. - APÉNDICE: Correlación entre el anterior artículo 86 y el artículo 99 actual.

Su carácter

1. — El conjunto de facultades que integran las competencias del poder ejecutivo no es la mera suma de todas y cada una de las enunciadas en el art. 99 de la constitución, y en el resto del articulado que confiere otras no incluidas en aquél. Al modo norteamericano, e incluso al estilo expresamente adoptado en la constitución francesa de 1958, creemos que la competencia del poder ejecutivo importa una *masa plena y amplia* de facultades y atribuciones, que no requiere asignación expresa. Diríamos que todo el remanente de las competencias pertenecientes al congreso y a la judicatura (expresas o implícitas) se entrega a favor del poder ejecutivo.

El art. 99 explaya en 20 incisos una enumeración que no es taxativa. Por un lado, otros artículos reconocen competencia al poder ejecutivo; por otro lado, se le acumula el residual implícito a que acabamos de referirnos.

Lo que debe quedar claro es que las competencias implícitas y las residuales no llegan a alterar la regla que en el derecho constitucional del poder enuncia que para los órganos del poder estatal "la incompetencia es el principio, y la competencia es la excepción".

Ver cap. XXXVII, nº 1.

La reforma constitucional de 1994

2. — Más allá de las modificaciones que en el perfil del poder ejecutivo pueden darse por introducidas con la reforma de 1994 y de su incidencia en nuestro presidencialismo (ver cap. XXXVII, acápite II), parece indudable que el texto ahora en vigor impide desarrollar el análisis de las competencias del poder ejecutivo sin interconectarlas con las del *jefe de gabinete de ministros.* Por tal razón, los arts. 99 —con las atribuciones del presidente— y 100 — con las del jefe de gabinete— aconsejan acumular el estudio de ambas normas a efectos de los cotejos y deslindes necesarios.

I. LAS JEFATURAS PRESIDENCIALES

Antes y después de la reforma de 1994

3. — En la constitución de *1853-60,* el poder ejecutivo asumía *cuatro jefaturas:* a) la jefatura *del estado;* b) la jefatura *de la administración pública;* c) la jefatura local e inmediata *de la capital federal;* d) la jefatura *de las fuerzas armadas.*

El art. 86 inc. 1º decía: "Es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país".

El texto reformado en *1994* dice: art 99 inc. 1º: "Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país".

La comparación nos hace ver que:

a) *se mantiene la jefatura "del estado"* (la norma anterior y la actual coinciden en establecer que el presidente "es el jefe supremo de la nación");

b) *el texto actual menciona la jefatura "del gobierno"* (que no aparecía consignada de esa manera en el anterior, pero que estaba implícita en la alusión a la jefatura de "la nación" (del estado) y a la jefatura de la administración;

c) *la jefatura de la administración también se mantiene,* aunque hay una distinción a efectuar porque: c') el texto anterior estipulaba que el presidente "tiene a su cargo" la administración general del país, en tanto c") el texto actual reza que "es responsable *político*" de esa administración; pero c"') el *art. 100 inc. 1º* asigna el "ejercicio" de la misma administración al *jefe de gabinete* (ver cap. XXXVII, nº 10);

d) *la jefatura local e inmediata de la capital ha sido eliminada;*

e) *se mantiene la jefatura de las fuerzas armadas.*

Si hacemos otro resumen, surge que:

a) hay *tres jefaturas explícitamente consignadas,* que son: a') la jefatura *del estado;* a") la jefatura *del gobierno;* a"') la jefatura *de las fuerzas armadas;*

b) hay *una jefatura* que implica para el presiente la "responsabilidad política" por su *titularidad,* pero cuyo *ejercicio no está a su cargo* sino del *jefe de gabinete;* es la *jefatura de la administración* (ver nº 6);

c) hay una *jefatura suprimida,* que es la *de la capital.*

La jefatura del estado

4. — La "jefatura del *estado*" *coincide,* en nuestro régimen presidencialista, con la jefatura del poder ejecutivo (o gobierno en sentido estricto).

Se trata de una figura ampliamente conocida en el derecho comparado, donde en todo estado hay un "jefe de estado".

El jefe del estado representa interna e internacionalmente la *unidad del estado como persona jurídica.* Que la constitución diga que es el jefe "supremo" no quiere significar erigirlo en gobernante omnipotente, ni colocarlo por encima de los otros órganos del poder como dominador o árbitro, ni despojar a los demás órganos de su independencia. La supremacía, en este caso, no es superioridad sino exclusivamente expresión de la calidad de "único" jefe del estado. Ni el congreso ni la Corte Suprema invisten esa jefatura, que es excluyente, y no compartida ni compartible. Por eso, al presidente se lo llama también "primer" mandatario, no porque mande más, sino porque preside el estado como jefe del mismo.

En lo *internacional,* el presidente como jefe de estado representa al estado, aun cuando el congreso ejerza también facultades referentes a las relaciones internacionales.

La jefatura del gobierno

5. — En los sistemas parlamentarios la jefatura del gobierno está separada de la jefatura del estado y, por ende, a cargo de un órgano también diferente del que porta la jefatura del estado.

La reforma del 1994 ha especificado como *nueva jefatura del presidente a la jefatura "del gobierno"*, bien que a nuestro criterio hay que afirmar:

a) Ya existía implícitamente involucrada en la jefatura del estado y en la jefatura de la administración;

b) la mención explícita de la norma actual no equivale a separar la jefatura del estado y la jefatura del gobierno en dos órganos distintos, ni a implantar un sistema similar al parlamentario, sino b') sirve para considerar como la mejor interpretación posible a la que postula que *la jefatura del gobierno a cargo del presidente* significa que, como tal, es la *cabeza de la administración,* y su responsable político, aunque el "ejercicio" de tal administración le incumbe directamente al *jefe de gabinete* (ver nº 3).

La jefatura de la administración

6. — Vale insistir, por lo ambiguo que resulta el texto constitucional reformado y por las distintas interpretaciones que viene mereciendo, en una dualidad:

a) la *responsabilidad política* por la administración general del país está atribuida al *presidente* por el art. 99 inc. 1º;

b) el *ejercicio* de esa misma administración le incumbe al *jefe de gabinete;*

c) es posible inferir de ello un desglose entre la *titularidad* (o jefatura) y el *ejercicio:* la primera pertenece al *presidente,* y la segunda al *jefe de gabinete.*

Hay una doctrina que, en sentido divergente, entiende que la jefatura de la administración se ha "desconcentrado", por lo que ya no la ostentaría el presidente, con lo que personalmente no llegamos a comprender cómo la constitución lo hace "responsable *político*" de esa administración si es que no detenta la jefatura de la misma.

Tampoco nos convence otra interpretación según la cual el jefe de gabinete "ejerce" la administración general del país "por delegación" porque, a juicio nuestro, *es la propia constitución la que directamente reparte la titularidad y el ejercicio* entre dos órganos distintos: el presidente, superior jerárquico del jefe de gabinete, y el jefe de gabinete de ministros. De ahí que el "ejercicio" de la administración es función propia del jefe de gabinete en virtud de que *la constitución se la encomienda;* cabría decir, con toda la imprecisión que puede tener el vocabulario, que "no tiene a su cargo" tal administración en su titularidad, sino que "la ejerce".

7. — Como sin administración no hay gobierno posible, reforzamos la idea de que la "jefatura *del gobierno*" titularizada en el presidente acumula, como inherente a sí, la "jefatura *de la administración*"; su *ejercicio* queda encomendado al jefe de gabinete por la misma constitución, y no por delegación —ni de la constitución, porque la constitución no "delega" sino que atribuye o reparte directa y originariamente las funciones, ni del presidente como órgano delegante, por la misma razón recién expuesta: no es él quien le encomienda al jefe de gabinete ejercer la administración, sino la constitución—.

8. — En su relación con el jefe de gabinete y con los demás funcionarios administrativos, el art. 99 trae dos disposiciones: a) respecto del primero, el presidente *supervisa* el ejercicio de la facultad del jefe de gabinete respecto de

la recaudación e inversión de las rentas, con arreglo a la ley o presupuesto de gastos (inc. 100); b) tanto respecto del jefe de gabinete como de los jefes de todos los ramos y departamentos de la administración, les puede pedir informes (inc. 17).

9. — La administración pública, aunque depende del poder ejecutivo, no forma parte de él; la administración se diversifica en órganos y tipos de actividad, que no son el poder ejecutivo sino tan sólo se le subordinan jerárquicamente.

Además, hay función administrativa en órganos que no son parte del poder ejecutivo, que no dependen de él, que resultan independientes, y que constituyen un poder distinto. El congreso y el poder judicial cumplen funciones administrativas, aunque ellas no configuran el núcleo esencial de su competencia (que en el congreso es legislar, y en el poder judicial administrar justicia). Y esta función administrativa de los otros dos poderes escapa a la jefatura del presidente de la república.

La jefatura de las fuerzas armadas

10. — La jefatura de las fuerzas armadas implica subordinarlas al poder ejecutivo de quien dependen, pero no excluye los poderes militares del congreso.

La "jurisdicción militar *penal*" no depende de esa jefatura.

Remitimos al cap XL.

II. LA ADMINISTRACION PUBLICA

La dualidad "presidente de la república" y "jefe de gabinete"

11. — Cuando en el marco de lo opinable *se desglosa la titularidad y el ejercicio de la administración* entre el presidente y el jefe de gabinete, se vuelve complicado —y hasta confuso— dilucidar una serie de cuestiones. Hemos de atender a algunas.

a) Parece que la *titularidad presidencial* del "gobierno" y de la "administración" le depara competencia para adoptar políticas, fines y modalidades y, en consecuencia, para dar las orientaciones y directivas necesarias al jefe de gabinete.

b) Las competencias que, conforme a los arts. 75 y 99, sirven de eje a la *separación de poderes* entre el congreso y el poder ejecutivo, son privativas en su área respectiva de cada uno de los dos órganos, por lo que el presidente *no puede imputar* tales funciones "suyas" ni al jefe de gabinete ni a los demás ministros.

c) Como el *jefe de gabinete* inviste competencias que *directamente* le atribuye el art. 100, y puede ejercer otras que el presidente *le "delegue"* (debe decirse: impute), pero en ambas hipótesis la titularidad de la administración le pertenece al presidente, hay doctrina fundada suficientemente que en los dos casos reconoce al primero la posibilidad de *retomar* para sí la competencia, y ejercer el poder de *avocación* respecto de los actos del segundo; c') al contrario, quienes opinan que las funciones directamente encomendadas al jefe de gabinete por el art. 100 escapan a la esfera presidencial, entienden que esas funciones no pueden ser retomadas por el presidente ni ser susceptibles de su avocación.

d) De modo paralelo, la primera postura explicada en el inc. c) admite que entre presidente y jefe de gabinete siempre existe *relación jerárquica,* mientras la del inc. c') no la reconoce en la órbita donde el jefe de gabinete ejerce facultades que directamente le asigna el art. 100 de la constitución.

e) De igual modo, queda en la ambigüedad la *responsabilidad política* que tiene el presidente por la administración general del país, y la que ante el congreso le adjudica el art. 101 al jefe de gabinete, porque las teorías se dividen: e') entre quienes extienden la responsabilidad presidencial también al ejercicio que el jefe de gabinete hace de las facultades que le son propias por el art. 100; e") entre los que estiman que la responsabilidad del jefe de gabinete ante el congreso abarca tanto el ejercicio de sus funciones propias, como el cumplimiento de las directivas que recibe del presidente y el ejercicio de las "delegaciones" (imputaciones) que el presidente le efectúa; e"') por fin, hay doctrina que exime al jefe de gabinete de toda responsabilidad en cuanto al acierto o error de todo cuanto le encomienda el presidente, manteniéndola exclusivamente en cuanto a la "forma" en que el jefe de gabinete cumple las directivas políticas y administrativas impartidas por el presidente.

Para la relación entre el jefe de gabinete y los demás ministros, remitimos al cap. XXXIX, nº 27.

12. — Un panorama de tan escasa claridad tampoco ha recibido solución legal, porque después de la reforma de 1994 no se ha dictado la ley de ministerios, en cuyas normas cabe resolver las dudas.

En cambio, con fecha 6 de julio de 1995 el presidente de la república emitió —con el solo refrendo del ministerio del interior— el

decreto nº 977, de cuyo texto de 17 artículos extractamos las disposiciones que juzgamos más relevantes para el tema que estamos analizando.

Dice así:

Art. 1º —"El *Presidente de la Nación Argentina* será asistido en sus funciones por el *Jefe de Gabinete* de Ministros y *ambos,* a su vez, por los *Ministros* secretarios, de conformidad con las respectivas facultades y responsabilidades que la Constitución Nacional atribuye a aquéllos. La asistencia será *individual* en las materias que la Constitución o la Ley de Ministerios vigente determine como de sus respectivas competencias o, en *conjunto,* en los casos allí establecidos o autorizados.

El Jefe de Gabinete de Ministros podrá requerir de los Ministros secretarios, Secretarios y demás funcionarios de la Administración Pública Nacional, la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones específicas y de las responsabilidades previstas en los artículos 100, incisos 10 y 11, y 101 de la Constitución Nacional, la que deberá producirse dentro del plazo que, a tal efecto y en forma improrrogable, les fije."

Art. 2º — "El Jefe de Gabinete de Ministros, los Ministros secretarios, los Secretarios de la Presidencia de la Nación y entre los Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros los que el Jefe de Gabinete de Ministros designe, constituyen, en conjunto, el *Gabinete Nacional.*

Las *reuniones de gabinete* serán coordinadas, preparadas y convocadas por el Jefe de Gabinete de Ministros, de acuerdo a la reglamentación y demás actos que a tal efecto dicte, sin perjuicio de la facultad del Presidente de la Nación de convocarlas.

Las reuniones de gabinete serán presididas por el Presidente de la Nación o por el Jefe de Gabinete de Ministros en ausencia del primero, de conformidad con el artículo 100, inciso 5 de la Constitución Nacional. Serán presididas por el Vicepresidente de la Nación cuando se encontrare en ejercicio de la Presidencia y resolviere su asistencia.

Los preceptos anteriores resultarán aplicables a los acuerdos de gabinete contemplados en el artículo 100, incisos 4 y 6 de la Constitución Nacional en la medida en que el Jefe de Gabinete de Ministros no dicte disposiciones específicas a su respecto.

El Presidente de la Nación o el Jefe de Gabinete de Ministros podrán disponer que se labre acta de lo tratado e invitar a la reunión de gabinete a los Secretarios de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de los ministerios, así como a cualquier otro funcionario que se considere pertinente."

Art. 3º — "El Jefe de Gabinete de Ministros y los Ministros secretarios *refrendarán y legalizarán* con su firma los actos del Presidente de la Nación, del

modo que impone la Constitución Nacional, la Ley de Ministerios vigente y el presente acto, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

El Jefe de Gabinete de Ministros y los Ministros secretarios son *responsables* de los actos que refrendan y legalizan y solidariamente de los que acuerdan con sus pares."

Art. 4º — "Se requerirá el refrendo y legalización conjunta del *Jefe de Gabinete de Ministros y de la totalidad de los Ministros secretarios*, en los supuestos especificados en el artículo 100, inciso 13, de la Constitución Nacional, excepto en caso de ausencia transitoria de alguno de ellos, en cuyo supuesto los actos serán suscriptos por quien lo reemplace interinamente.

El decreto dictado en acuerdo general de ministros conforme el párrafo precedente, será ejecutado por el Ministro secretario que se designe a tal efecto en el acuerdo o por aquél a cuyo departamento corresponda la materia, sin perjuicio de la intervención personal atribuida al Jefe de Gabinete de Ministros por la Constitución Nacional."

Art. 5º — "Se requerirá el refrendo y legalización del *Jefe de Gabinete de Ministros y del Ministro secretario del ramo* para los supuestos contemplados en los artículos 76, 77, 78, 82, y 99 incisos 2, 8 y 9 de la Constitución Nacional."

Art. 6º — "Los decretos dictados por el Presidente de la Nación, en su carácter de jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país, serán refrendados y legalizados únicamente por el Ministro secretario a cuyo departamento competa la medida, excepto en aquellos casos en que se afecten competencias propias del Jefe de Gabinete de Ministros, oportunidad en que el decreto también será refrendado y legalizado por éste.

Los decretos que, en virtud de lo establecido en el párrafo precedente, no requieran refrendo y legalización del Jefe de Gabinete de Ministros, serán igualmente puestos en su conocimiento, por conducto de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, a los fines establecidos en el artículo 101, primera parte, de la Constitución Nacional."

Art. 7º — "Los actos y reglamentos que emita el Jefe de Gabinete de Ministros en ejercicio de sus atribuciones constitucionales se denominarán "Decisiones Administrativas", los que deberán contar con el refrendo y legalización del Ministro secretario del ramo al cual la medida se refiera.

Todas las decisiones administrativas serán puestas en conocimiento del Presidente de la Nación, en virtud de lo preceptuado en el artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional, por conducto de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación."

Art. 8º — "Los actos y reglamentos vinculados a la resolución de asuntos internos de la Jurisdicción Jefe de Gabinete de Ministros se denominarán

"resoluciones" y no requerirán el refrendo y legalización de Ministro secretario alguno." ...

Art. 12 —"Las delegaciones previstas en el artículo 100, inciso 4, de la Constitución Nacional se entenderán limitadas a las atribuciones de administración relativas a las competencias propias del Presidente de la Nación conforme se estipule expresa y taxativamente por decreto. El Jefe de Gabinete de Ministros *no podrá*, en estos casos, *subdelegar*."

Art. 13 —"Queda reservado al Poder Ejecutivo Nacional la resolución de las cuestiones atinentes al régimen económico-financiero y administración de recursos humanos de las Secretarías y organismos de la jurisdicción Presidencia de la Nación."

Art. 14 —"El Jefe de Gabinete de Ministros *podrá delegar* en los Ministros secretarios las atribuciones relativas al régimen económico-financiero y administración de recursos humanos relacionadas con sus respectivos departamentos, de acuerdo a lo que expresa y taxativamente determine por decisión administrativa, como así también retomar o mantener las atribuciones actualmente delegadas.

Asimismo podrá a través del dictado de resoluciones delegar en los Secretarios de su jurisdicción las atribuciones premencionadas referentes a su departamento.

En ambos supuestos, se podrán subdelegar tales atribuciones en funcionarios de jerarquía no inferior a la de Director Nacional o General o equivalente."

Art. 15 —"Las decisiones y resoluciones que dicte el Jefe de Gabinete de Ministros y las resoluciones emitidas por los Ministros secretarios tendrán carácter *definitivo*, salvo el derecho de los afectados a deducir los recursos y acciones que correspondan de acuerdo a la reglamentación vigente y la facultad del Presidente de la Nación de *avocarse* a la resolución del tema en trato." ...

(La bastardilla es nuestra).

Las clases de administración

13. — Sentado que *administrar* excede en mucho a ejecutar, porque implica iniciativa —y a veces discrecionalidad—, y recordado que la administración se sitúa en un plano *sublegal*, o sea, subordinado a la ley, haremos una breve clasificación de los diferentes tipos o clases de administración.

a) Administración *activa*, que es la que ejecuta, decide y obra;

b) Administración *consultiva*, que es la que asesora, preparando generalmente el contenido del acto de la administración activa (la administración consultiva puede ser: b') facultativa, cuando depende de la activa requerirle o no dictamen; b") obligatoria, cuando ese dictamen es imprescindible; b"')

vinculatoria, cuando la administración activa debe emitir el acto de acuerdo con el dictamen);

c) Administración *interna,* es la que despliega su actividad sin entrar en relación con terceros;

d) Administración *externa,* es la que en su actividad se vincula con terceros;

e) Administración *jurisdiccional,* es la que decide cuestiones en forma similar a como los jueces ejercen la administración de justicia, pudiendo distinguirse, como lo hace Marienhoff, entre el mero acto administrativo con contenido jurisdiccional, y los tribunales u organismos administrativos que ejercen función jurisdiccional;

f) Administración de *contralor,* es la que se ejerce para verificar la legitimidad, conveniencia u oportunidad de la actividad administrativa (esta fiscalización no es exclusivamente financiera);

g) Administración *reglada,* es la que se cumple de acuerdo con normas preestablecidas, que señalan cuándo y cómo debe actuar la administración;

h) Administración *discrecional,* es la que, sin escapar a la sumisión a la ley, dispone de arbitrio más elástico y amplio, como para ponderar la oportunidad, el mérito o la conveniencia del acto;

i) Administración *burocrática,* es la que asigna la función a personas físicas que actúan individualmente;

j) Administración *colegiada,* es la que asigna la función a varias personas físicas que actúan en conjunto;

k) Administración *autárquica,* es la que actúa a través de órganos con personalidad jurídica en forma tal que se trata de una administración indirecta del estado.

14. — Los *ente públicos* que, como la Iglesia Católica, las universidades nacionales, los partidos políticos, etc., son *"no estatales"* (personas jurídicas de derecho público no estatales) no forman parte de la administración pública. Por ende, como principio, no cabe hablar en ellos de función o actividad administrativa, ni atribuir a sus órganos la calidad de funcionarios del estado.

La función administrativa y el "acto administrativo"

15. — En la función administrativa encontramos actos "de administración", actos "administrativos", "contratos" administrativos, etc. Algunos de esos actos tienen contenido *general,* y otros contenido *individual* o particular.

La administración es una actividad permanente, concreta, práctica e inmediata del estado, que tiende a la satisfacción de las necesidades de la sociedad. No toda la administración estatal pertenece al poder ejecutivo ni depende de él (porque hay administración en el *congreso* y en el *poder judicial*), pero no cabe duda de que la administración que depende del poder ejecutivo es la fundamental, tanto en sentido "orgánico" (estructura), como "funcional" (actividad).

Los administrativistas distinguen: a) el *acto administrativo de contenido individual* o *particular*, que es el acto "unilateral" de la administración en ejercicio de función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales; algunos lo llaman "acto administrativo" *en sentido estricto;* b) el *reglamento*, que tiene carácter o contenido *normativo general;* para algunos, no entra en la categoría de "acto administrativo", y para otros sí.

Entendemos que el reglamento es un *acto "administrativo" general*, de donde al acto administrativo lo dividimos en: a) acto administrativo de contenido *particular* o individual; b) acto administrativo de contenido *general*.

Compartimos la doctrina que, aceptando la categoría de *actos administrativos "bilaterales"* (tanto si la bilateralidad se da en la formación del acto como si se da en los efectos), incluye a los *contratos administrativos* entre los actos administrativos.

Lo que ha de quedar en claro es que para que haya "acto administrativo" hace falta siempre la presencia de la administración pública actuando como tal (por eso, no son actos administrativos los que cumplen las *personas públicas "no estatales"*).

De este modo, el *acto administrativo* es, en noción amplia, toda expresión de voluntad que, en ejercicio de función administrativa, surte un efecto jurídico que se proyecta *fuera* del ámbito de la administración (en tanto al que los retiene en su *esfera interna* se lo reputa un "acto *de administración*").

La descentralización autárquica

16. — La administración puede *descentralizarse* e, incluso, esa descentralización puede aparejar *autarquía* cuando el ente descentralizado adquiere personalidad jurídica y evade la relación jerárquica (que se suple con el control administrativo). ¿Quién puede descentralizar y erigir entidades autárquicas? ¿A qué órgano pertenece esa competencia?

En nuestro derecho constitucional del poder, una fuerte corriente la atribuye al congreso. Nosotros hemos rechazado esa interpretación, acogiendo la postulada por Marienhoff, según la cual la creación de órganos descentralizados o autárquicos *por ley* del congreso es *inconstitucional*, porque viola la "reserva de la administración" y la división de poderes.

El congreso, en cambio, puede erigir órganos autárquicos cuando los crea en virtud de una competencia constitucional paralela a una "materia" que el propio congreso puede regular; así, por ej., por sus facultades en materia de educación o bancaria, de seguridad social, etc. En lo demás, la ley no está en aptitud de desmembrar porciones de la administración que no le ha sido atribuida al congreso sino al presidente de la república.

III. LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

Su noción

17. — El término "reglamento" se suele aplicar a toda manifestación de voluntad de órganos administrativos que crea status generales, impersonales y objetivos mediante *normas generales*. (Con ese alcance se utiliza también para designar actos similares del congreso o del poder judicial; en ese caso, a tales actos se los llama reglamentos "legislativos" o reglamentos "judiciales").

El reglamento administrativo es un *acto administrativo* de contenido *general*.

18. — En sentido estricto, y cualquiera sea la denominación que se les asigna normativamente, son reglamentos administrativos los que en sus respectivas áreas de competencia administrativa emiten el *poder ejecutivo*, el *jefe de gabinete*, los *ministros*, y los *organismos y reparticiones* de la administración pública.

La clasificación cuatripartita más usual y sencilla es la que reconoce las siguientes categorías: a) *decretos reglamentarios* de las leyes, o reglamentos *de ejecución* de la ley; b) *reglamentos autónomos* o independientes; c) *reglamentos delegados;* d) *reglamentos de necesidad y urgencia*.

A) Los decretos reglamentarios

19. — Con respecto a los reglamentos de *ejecución, o decretos del poder ejecutivo dictados en reglamentación de las leyes*, la constitución establece, en su art. 99 inc. 2º, que el presidente expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, *cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*.

En el decreto reglamentario aparece nítidamente la *subordinación* de la administración a la legislación. Es uno de los motivos por los cuales negamos al decreto reglamentario la sustancia o contenido de ley material, para atribuirle típicamente la calidad de *acto administrativo* de contenido general y sublegal.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte, "las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino

también los fines que se propuso el legislador".

Los decretos reglamentarios, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, son tan *obligatorios* para los habitantes como si sus disposiciones se encontraran insertas en la propia ley, siempre que se mantengan dentro de las limitaciones del art. 99 inc. 2º de la constitución, y se consideran como parte integrante de la misma ley.

Como consecuencia de la triple categoría de leyes —federales, nacionales comunes, nacionales locales— el poder ejecutivo puede expedir decretos reglamentarios de las *leyes federales;* decretos reglamentarios de las *leyes nacionales comunes;* y decretos reglamentarios de las leyes nacionales *locales.*

20. — La jurisprudencia de la Corte tiene exigido el requisito de la *publicación* de los decretos como condición para su obligatoriedad, habiendo aclarado posteriormente que ello rige únicamente en el caso de decretos dictados en uso de la facultad constitucional que acuerda al poder ejecutivo el art. 99 inc. 2º de la constitución, no extendiéndose a los decretos que carecen de contenido normativo general.

La publicación de actos administrativos de *alcance general* es un requisito de la forma republicana de gobierno.

21. — La derogación de una ley priva de vigencia a su decreto reglamentario, porque es indudable que éste carece de existencia autónoma para sobrevivir sin la ley a la que reglamenta. Lo más ortodoxo es que el poder ejecutivo derogue el decreto reglamentario de una ley derogada, el que por el paralelismo de las competencias no podría ser derogado por el congreso que deroga a la ley.

El exceso reglamentario

22. — El *exceso reglamentario* transgresor de la ley que se reglamenta es siempre *inconstitucional.* Tal infracción a la constitución, consumada respecto del art. 99 inc. 2º, no admite distinción según la naturaleza federal o común de la ley reglamentada.

Sobre el punto, el derecho judicial de la Corte ha oscilado en el tiempo. En una primera larga etapa consideró que el exceso reglamentario respecto de normas "no federales" (o de derecho común) no habilitaba el recurso extraordinario y que, por ende, la Corte no podía interpretar si el poder ejecutivo se había extralimitado al reglamentar leyes de derecho común. En el caso "Puerta Julio R. y otros c/Farloc Argentina SA", de 1973, cambió su criterio, y acogió el que reputamos correcto, en el sentido de existir siempre en el exceso reglamentario un problema vinculado *directamente* con la constitución y con la separación de poderes, razón por la cual sostuvo la procedencia de la revisión extraordinaria sobre la reglamentación de las leyes, fueran éstas federales o de derecho común.

Por fin, a partir de 1976, retomó su primitiva jurisprudencia. En el caso "García, Raúl y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", del 5 de mayo de 1987, la Corte ha vuelto a reiterar que el alegato de inconstitucionalidad basado en el exceso reglamentario del poder ejecutivo respecto de una ley de derecho común según la interpretación atribuida a dicha ley reglamentada, no da lugar al recurso extraordinario.

23. — La facultad reglamentaria de que dispone el poder ejecutivo respecto de las leyes no presta fundamento para: a) modificar o derogar leyes, ni siquiera so pretexto de necesidad y urgencia; b) ampliar incriminaciones legales, o incluìr en ellas conductas ajenas a la tipificación legal, porque en tal supuesto queda violentado el principio de legalidad en materia penal (no encuadra en esta hipótesis el caso de leyes penales en blanco cuando la conducta tipificada viene bien perfilada en la ley); c) ampliar tributos establecidos en la ley, o incluir en ella ampliaciones que resultan extrañas al hecho imponible que la ley determina claramente.

24. — Según la jurisprudencia de la Corte Suprema, el requisito constitucional de que la facultad reglamentaria no altere el espíritu de la ley (art. 99 inc. 2º) alcanza no sólo a los decretos del poder ejecutivo, sino a *todas las resoluciones que emanan de organismos de la administración* debidamente habilitados para dictarlas. Es, a nuestro juicio, el criterio correcto.

Los decretos reglamentarios y la "delegación impropia"

25. — En el derecho constitucional argentino tomó curso la denominación de *delegación "impropia"* para el supuesto en que: a) el congreso dicta una ley en la que traza el *lineamiento de su política legislativa* en la materia que regula y, a') deriva al poder ejecutivo la pormenorización de los aspectos que en dicha ley sólo han recibido un marco general; por lo que, b) se ha interpretado que en rigor no se trata de una delegación "legislativa" sino de un *ensanchamiento de la facultad reglamentaria* que es propia del ejecutivo, la cual, b') queda con un ámbito disponible más amplio en la medida en que el referido marco de la ley es general y elástico.

Remitimos al cap. XXXV, nºs. 32 a 42; en los nºs. 37 a 40 abordamos específicamente la duda de si esta delegación impropia es la que ahora ha sido prevista en el actual art. 76, o no.

La facultad reglamentaria a cargo de organismos administrativos dependientes del poder ejecutivo.

26. — Una interpretación rígida del art. 99 inc. 2º impediría reconocer facultad reglamentaria a organismos de la administración pública dependientes del poder ejecutivo. No obstante, suele aceptarse la habilitación con recaudos semejantes a los de la llamada "delegación impropia", y con la retención por parte del ejecutivo de su poder de vigilancia y control sobre el órgano inferior habilitado.

La facultad reglamentaria de las leyes a cargo del jefe de gabinete

27. — En este rubro encaramos otro problema dudoso: ¿puede el jefe de gabinete reglamentar leyes?

Si se toma rígidamente el art 99 inc. 2º se dirá que *no,* porque es facultad exclusiva del presidente.

Si se considera que el art. 100 le asigna al jefe de gabinete algunas competencias propias y específicas (por ej., en materia de administración pública, de ejecución del presupuesto, de recaudar rentas) la respuesta podría variar para admitir que, con base en el inc. 2º del mismo art. 100, posee competencia para expedir los reglamentos "necesarios" a efectos de ejercer las facultades que esa norma le confiere y, por ende, también para emitir decretos o reglamentos de ejecución de las leyes que se refieren a las materias a que apuntan los incisos 1º, 3º y 7º del citado art. 100.

De aceptarse esta última solución, la potestad del jefe de gabinete para dictar reglamentos de ejecución de leyes quedaría, sin duda, muy acotada. Pero trasladarla más allá de ese ámbito no sería compatible con la subsistencia del art. 99 inc. 2º, que reproduce al anterior art. 86 inc. 2º.

B) Los reglamentos autónomos

28. — Los reglamentos autónomos no son reglamentos de ejecución de la ley, sino reglamentos sobre *materias no reguladas por ley, y reservadas a la administración.* Recaen sobre materias propias de la "zona de reserva" de la administración, que no pueden regularse por ley.

Por necesidad e implicancia de sus facultades, el poder ejecutivo aplica e interpreta la constitución por sí mismo cuando ejercita dichas facultades (lo cual no significa liberarlo de control judicial suficiente).

Una materia propia de reglamento autónomo es —por ej.— la regulación de los *recursos administrativos* y la organización administrativa en el área de la administración dependiente del poder ejecutivo.

29. — Al igual que en orden a los reglamentos de ejecución de leyes, aparece la duda en los reglamentos autónomos acerca de la competencia del *jefe de gabinete*. Atento que versan sobre la zona de reserva que es propia de la administración, y que el citado funcionario ostenta su ejercicio en virtud del art. 100 inc. 1º, hay doctrina que a la facultad de emanar reglamentos autónomos la estima compartida entre el presidente y el jefe de gabinete.

C) Los reglamentos delegados

30. — El reglamento delegado, a diferencia del decreto reglamentario que ejecuta la ley, y del autónomo que surge de la esfera de reserva de la administración, se dicta en mérito a una *habilitación* conferida por el poder legislativo.

La *reforma de 1994* ha previsto la *delegación por el congreso al poder ejecutivo* en el marco de excepción que traza el *art. 76*. No hay que perder de vista la rotunda prohibición genérica que encabeza a esa norma, ni la que en el art. 99 inc. 3º impide al presidente emitir disposiciones de carácter legislativo.

La delegación legislativa permitida sólo puede ser efectuada por el congreso a favor del *presidente*. No al jefe de gabinete, ni a los ministros, ni a organismos administrativos.

Remitimos al cap. XXXV, nºs 30 a 42.

El problema de la "delegación" por ley para que la administración sancione faltas y contravenciones

31. — En alguna medida y con ciertas precauciones, la figura de la "delegación impropia" (que damos por subsistente con el art. 76) resulta admisible a favor de una mayor competencia reglamentaria del poder ejecutivo y decimos que asimismo es posible extender la delegación impropia a favor de organismos de la administración dependiente de él, que, obviamente, "no son" el poder ejecutivo.

Cuando la ley habilita a reparticiones administrativas subordinadas al poder ejecutivo a emanar ciertas reglamentaciones, es menester hacer una pausa ante el caso muy especial y delicado del llamado *derecho penal "contravencional"*, sancionatorio de infracciones, habitualmente llamadas "contravenciones y faltas". (Descartamos que la administración pueda, "per se", dictar normas que tipifiquen y sancionen esas contravenciones y faltas, porque si tales normas carecen de base en la *ley* son inconstitucionales).

32. — Desde el fallo de la Corte en el caso "Mouviel" de 1957, que resolvió la inconstitucionalidad de los edictos policiales dictados sin habilitación legal, ha quedado claro que *toda sanción por faltas y contravenciones que pueda aplicar un organismo administrativo debe fundarse en "ley" previa*. Pero, ¿qué

es lo que debe establecer dicha ley? ¿Basta que autorice a aplicar sanciones, o debe delimitarlas con precisión, o debe además individualizar la conducta que tipifica "falta" o "contravención" susceptible de sanción?

Como principio general corresponde formular el siguiente criterio: la ley que confiere habilitación a organismos administrativos en materia contravencional requiere imprescindiblemente uno de estos dos encuadres:

a) o ser una ley asimilable a las leyes penales "en blanco", en cuyo caso debe trazar con precisión los contornos a la norma administrativa complementaria que, como reglamentación, se dictará posteriormente;

b) o ser una ley en la que el tipo no quede total o desmesuradamente "abierto" a disposición de la norma administrativa que individualizará la conducta infractora.

De no lograrse la ubicación en una de ambas hipótesis, habrá que concluir diciendo que la ley que habilita a organismos administrativos en materia contravencional es *inconstitucional;*

c) en cualquiera de los dos supuestos, la ley no puede dejar indeterminada la *sanción,* de forma que "delegue" a la administración "establecerla" a su arbitrio.

Para los *edictos policiales,* ver Tomo II, cap. XXIV, nº 65.

(Dado el punto que estamos tratando, y que se vincula a facultades reglamentarias de la administración, omitimos afrontar aquí los problemas que plantea la "aplicación" en sede administrativa de las sanciones a contravenciones y faltas. Para ello remitimos a la explicación de la jurisdicción administrativa en el cap. XLII, nºs. 45 a 47).

D) Los reglamentos de necesidad y urgencia

33. — Los reglamentos de necesidad y urgencia son los que se dictan sobre materias propias de la *competencia legislativa,* cuando una urgencia súbita exige emitir las normas que el congreso no ha dictado, o suplirlo lisa y llanamente. La *necesidad* y la *urgencia* son las razones justificantes para consentir que se margine la división de poderes, y que el ejecutivo ejerza una función del congreso.

Antes de la reforma de 1994 la doctrina estuvo dividida entre quienes consideraban que situaciones de excepción prestaban fundamento para que el poder ejecutivo dictara tales reglamentos, y quienes entendíamos que nunca resultaba válido hacerlo por implicar, en cualquier caso, una violación al reparto

de competencia efectuado por la constitución y a la zona de reserva de la ley.

La *reforma de 1994* los ha previsto para situaciones especiales.

IV. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

El artículo 99 inciso 3º

34. — El actual art. 99 inciso 3º establece la siguiente atribución del presidente de la república:

"Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

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 por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, *podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia,* los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

(La bastardilla es nuestra).

Las normas, y la praxis antes de la reforma de 1994

35. — Ya vimos que el art. 76 prohíbe la delegación legislativa por parte del congreso a favor del poder ejecutivo. Por su lado, y en consonancia, el art. 99 inciso 3º, dice en su párrafo segundo que "el poder ejecutivo *no podrá* en ningún caso bajo pena de *nulidad* absoluta e insanable, *emitir disposiciones de carácter legislativo*". El enunciado escueto también aparenta igual intencionalidad. Pero cuando se sigue leyendo el referido inciso 3º, aparecen las *excepciones.*

No es un secreto que a partir de 1989, los decretos de necesidad y urgencia

—rotulados normativamente así, o no— acusan un elevadísimo número en comparación con el lapso transcurrido desde 1853-1860.

No podemos obviar la valoración negativa de la situación, no obstante el reconocimiento que la sentencia de la Corte prestó a normas de ese tipo en el caso "Peralta", de 1990.

El realismo jurídico-político nos hizo —y nos hace— pensar que —ante esa praxis— era mejor que la reforma encarara la cuestión para ceñirla, con el mayor rigor posible, en un perímetro de excepcionalidad verdadera y de dificultades de trámite, en vez de rechazarla rotundamente.

De todos modos, de entenderse que todos los decretos de urgencia acumulados desde 1989 reñían con la constitución, el panorama posterior tampoco se nos mostraba alentador, porque lo que fue violado tantas veces bien permitía imaginar que proseguiría violándose también después, como en efecto ha ocurrido luego de la reforma de 1994.

El trámite, sus etapas, y su desembocadura

36. — La norma habilitante no nos resulta totalmente satisfactoria por haber quedado *abierta* a la *reglamentación legal* en lo que es la desembocadura trascendental para el destino último de los decretos de necesidad y urgencia previstos por el art. 99 inciso 3º.

Sus párrafos tercero y cuarto encauzan y ordenan así su trámite:

a) solamente *circunstancias excepcionales* que *imposibiliten* seguir el *procedimiento legislativo ordinario,* habilitan el dictado de decretos de necesidad y urgencia; pero:

a') están absolutamente *prohibidos* en materia *penal, tributaria, electoral,* y en el régimen de *partidos políticos;*

b) deben emanar del *presidente* de la república, por decisión adoptada en *acuerdo general de ministros,* los que han de *refrendarlos* juntamente con el *jefe de gabinete* de ministros;

c) el *jefe de gabinete* de ministros tiene que someter personalmente, dentro de los diez días, el decreto a consideración de la *Comisión Bicameral Permanente* del congreso;

d) dicha *Comisión* debe *elevar* su despacho en el plazo de otros días al plenario de *cada una de las cámaras* para su expreso tratamiento;

e) las *cámaras* han de *considerar* ese despacho en forma *inmediata.*

Acá se interrumpe la previsión constitucional sobre el destino

final que le cabe al decreto en el congreso, y ésta es la aludida *apertura* que debe cerrar una ley especial que, por prescripción del inciso, necesita sancionarse con la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara, y que ha de regular el trámite y los alcances de la intervención congresional.

La prohibición de aprobación ficta

37. — Nos parece que queda suficientemente esclarecido que la ley reglamentaria del trámite y los alcances de la intervención final del congreso *nunca* puede establecer que el *silencio* del mismo significa *aprobación tácita* del decreto de necesidad y urgencia, ya que el art. 82 contiene una norma, que reputamos general para todos los casos y para cualquiera, conforme a la cual la voluntad de cada cámara debe *manifestarse expresamente,* agregando para disipar cualquier duda que *"se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta".*

La Comisión Bicameral

38. — La intermediación de la Comisión Bicameral es *obligatoria,* pero su despacho no resulta vinculante para el congreso.

Esta Comisión, por expresa disposición constitucional, se ha de componer de modo que resulte respetada la proporción de las representaciones políticas de cada cámara. Ello significa —por ser bicameral— que el número de sus integrantes debe guardar tal proporcionalidad, y que la alusión a las "representaciones políticas" hace referencia a la de los *partidos* con escaños en la cámara de diputados y en la de senadores.

Los presupuestos de procedencia

39. — Interpretamos la cláusula bajo comentario con sumo rigor, y ello por varias razones:

a) la *división de poderes* lo exige para no quedar desvirtuada en y con las excepciones que se hacen a la regla;

b) si el art. 76 prohíbe —aunque también con excepciones— que la competencia legislativa del congreso sea delegada al poder ejecutivo, con mayor fuerza hay que ser severo cuando éste último, por sí y ante sí, y aun cuando sobre su decisión se prevea ulterior intervención del congreso, emita decretos de necesidad y urgencia;

c) la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el derecho cons-

titucional material a partir de 1989 obliga a interpretar y aplicar el art. 99 inciso 3º con extremada severidad y excepcionalidad, pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte en el caso "Peralta", de 1990;

d) la misma norma trae una formulación que respalda dicho rigor.

40. — Aun a riesgo de redundancia, retomamos los dos parámetros que traza el art. 99 inc. 3º;

a) *circunstancias excepcionales* que hacen *imposible el trámite* legislativo;

b) *necesidad y urgencia* de suplir dicho trámite mediante un decreto.

En el inc. b), los dos vocablos "necesidad" y "urgencia" califican una situación que excede al voluntarismo subjetivista del presidente de la república y que descarta cualquier apremio basado en su mero interés o conveniencia.

41. — Hay que diagnosticar con objetividad y buena fe cuándo hay, de verdad, una *circunstancia excepcional* que torna "imposible" someter una norma al trámite ordinario de sanción de las leyes para sustituirlo por el dictado de un decreto de necesidad y urgencia. El texto nuevo es en esto muy claro y elocuente; a la mención de la *excepcionalidad* agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; cuando dice que las "circunstancias excepcionales" *hacen "imposible"* el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia, ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto. Además, debe sumarse la *necesidad* y la *urgencia.*

¿La "emergencia"?: un reenvío al artículo 76

42. — Las "circunstancias excepcionales", más la "imposibilidad" del trámite legislativo, más la "necesidad" y la "urgencia", componen un tríptico que puede parecer equivalente a las llamadas "situaciones de *emergencia*".

El vocabulario a veces oscurece la interpretación porque en la doctrina, en el derecho comparado y en los tratados de derechos humanos se suele utilizar la expresión "situaciones de excepción" como equivalente a emergencia.

La dificultad no radica solamente en esta posible sinonimia si se toma en cuenta que también el nuevo art. 76 —que después de prohibir la delegación legislativa trae una previsión autoritativa —utiliza la frase "emergencia pública", bastante confusa por cierto.

Intentamos coordinar las ambigüedades del siguiente modo: cuando el art. 99 inciso 3º se refiere a los parámetros ya aludidos que hacen de presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia, dice que debe existir: a) "circunstancias *excepcionales*" que b) *hacen imposible* recorrer el procedimiento legislativo. Este doble encuadramiento deja entender que debe *ser imposible* —y no inconveniente o dificultoso— seguir el trámite de sanción de las leyes "porque hay" una o varias "circunstancias excepcionales" que equivalen a una *situación de "emergencia";* la gravedad de esta emergencia, que es la que constituye circunstancia excepcional, debe requerir una medida inmediata, y es la *emergencia* y la *inmediatez* de la medida la que hace imposible que el congreso legisle, porque el trámite ordinario, por acelerado que pueda ser en el caso, no proporciona la solución urgente.

Precisamente, el decreto se llama "de necesidad y urgencia" debido a que *objetivamente* es imprescindible la medida destinada a encarar la emergencia sin demora alguna.

43. — Si esta emergencia coincide con la "emergencia pública" prevista en el citado art. 76, o no, no nos parece demasiado importante ahora, porque aunque sean lo mismo creemos que entre la emergencia que hace viable la delegación legislativa al ejecutivo, y la que autoriza a éste a dictar por sí sólo un decreto de necesidad y urgencia, se interpone una diferencia: para el decreto es menester que la emergencia *haga imposible legislar,* en tanto la "emergencia pública" que da fundamento a la delegación legislativa no está sujeta a ese requisito de imposibilidad para seguir el trámite de la ley.

Además, los artículos 99, inciso 3º, y 76, no tienen el sentido de ofrecer una alternativa para elegir la vía que se prefiera.

El control judicial

44. — El problema tampoco se clausura dentro de la rigidez del marco que originariamente exigimos para hacer válida la emanación de decretos de necesidad y urgencia. Se proyecta mucho más, hasta tomar intersección con el *control judicial de constitucionalidad* en la materia, control que apunta a verificar si concurre en cada caso todo cuanto acabamos de describir como *presupuesto de doble parámetro,* y a fiscalizar también si el *trámite formal* que debe seguir el decreto después de dictado, se ha cumplido correctamente.

Nos sentimos segurísimos para rechazar toda noción —doctrinaria o jurisprudencial— que divulgue el criterio de que sólo al poder ejecutivo le incumbe, en decisión irrevisable judicialmente, ponderar en cada caso si hay realmente una situación excepcional que vuelve imposible seguir el trámite de sanción de la ley.

Tal vez se alegará ahora que el control judicial se volverá innecesario una vez que, alcanzado el destino final del decreto en el congreso, lo que éste decida en cualquier sentido conforme a la ley reglamentaria será definitivo: o el decreto quedará sin efecto, o se habrá convertido en ley. Sin embargo, la cuestión no es tan simple ni clara.

45. — Si además de todo el marco de presupuestos que hemos explicado en los nos. 39 a 41 adelantamos nuestra convicción de que su esquivamiento, su ausencia o su violación no se subsanan en el supuesto de que, finalmente, el congreso convierta en ley al decreto de necesidad y urgencia, comprendemos que el espacio para el control judicial de constitucionalidad es amplio.

A nuestro juicio, puede recaer en:

a) la verificación de que ha existido la serie de *recaudos* que la constitución exige: a') *circunstancias excepcionales,* a") que hacen *imposible seguir el trámite legislativo,* y a"') *necesidad y urgencia* en la emisión del decreto;

b) la verificación de que se ha cumplido en todas sus etapas el *seguimiento ulterior* a su dictado por: b') el *jefe de gabinete,* y b") la *Comisión Bicameral Permanente,* hasta b"') su ingreso al *congreso.*

Cuando acaso no se ha cumplido la instancia final en la que el congreso rechaza o aprueba el decreto, también consideramos viable el control judicial acerca de todo cuanto —hasta ese momento— se le propone al juez en causa judiciable por parte interesada; incluso mediante una medida cautelar.

46. — En la hipótesis de *aprobación del decreto por ley* del congreso, tampoco el respaldo legislativo clausura toda impugnación posterior. En verdad, para que el congreso convalide legislativamente un decreto de necesidad y urgencia, no basta que el presidente lo haya dictado sobre la base primera de su propio juicio, y que después se haya cumplido y agotado el procedimiento ulterior en todas las etapas necesarias. El punto de arranque que dio origen al decreto, y el punto final de su eventual transformación en ley, sugieren proponer otra cosa: cuando el congreso convierte en ley un decreto que, en su origen, fue inconstitucionalmente emanado por el presidente de la república (sea por no existir circunstancias excepcionales, sea por no resultar imposible seguir el trámite legislativo), el vicio no se purga, porque solamente puede lograr el rango de ley constitucionalmente válida un decreto de necesidad y urgencia que

"ab initio" se ha ajustado estrictamente a todos los requisitos imperativamente impuestos por la constitución. Por ende, sólo consideramos constitucionalmente válida la sanción legal cuando inicialmente la sujeción al mecanismo excepcional del decreto se haya cumplido.

En suma, la aludida intervención aprobatoria del congreso *no convierte en abstracta* la cuestión que propone la ulterior impugnación judicial, ni sustrae a dicha cuestión del control judicial de constitucionalidad, porque el congreso no tiene competencia para convalidar legalmente un decreto dictado al amparo de la norma que lo prevé como de necesidad y urgencia, si tal decreto ha carecido originariamente de real sustentación fáctica en la tipología descriptiva de la misma norma, y/o no se ha sometido a todos los pasos ulteriores de seguimiento.

El supuesto de omisión por el poder ejecutivo en calificar un decreto de necesidad y urgencia

47. — La norma sobre decretos de necesidad y urgencia puede también prestar marco a una práctica tramposa, si es que el poder ejecutivo los dicta *sin calificarlos* ni definirlos como tales y, de ese modo, evade el procedimiento que la constitución prescribe.

Por de pronto, mediante el *control judicial,* ha de ser viable plantear un caso concreto en un doble aspecto: *formal,* por la omisión habida y por el fraude a la normativa constitucional que encauza a estos decretos; y también *material,* porque a raíz de tal omisión la inconstitucionalidad puede fundarse en la lesión que al afectado le puede producir el decreto.

48. — Queda por indagar si fuera del control judicial se abre otra perspectiva que, de darse, estaría situada en el *ámbito del congreso.* Nuestra propuesta es la siguiente:

a) Si la omisión en calificar y encauzar a un decreto dentro del régimen de necesidad y urgencia lo ha sustraído al trayecto de seguimiento que prevé la constitución hasta desembocar en el congreso, éste puede tomar intervención inmediatamente después de dictado y, remediando la evasión del poder ejecutivo, dejarlo sin efecto;

b) en tal supuesto, esta competencia que le reconocemos al congreso ha de ejercerse tanto si la ley reglamentaria del art. 99 inc. 3º la tiene prevista, como si guarda silencio.

Alguien dirá que nada de esto es posible y que, a lo sumo, el congreso sólo estaría habilitado para exigir que el decreto aludido retrocediera hasta transitar por el carril que tienen señalado los decretos de necesidad y urgencia; pero es de pensar que si tramposamente el ejecutivo no se sujetó al trámite inexorable que fija la norma constitucional, el congreso inviste *competencia derogatoria*

directa sin necesidad de retomar el trámite que no acató el órgano invasor.

El supuesto de omisiones en el trámite inmediato al dictado del decreto

49. — Vamos a imaginar finalmente otras eventuales omisiones anómalas, y a la vez *inconstitucionales.*

a) Podría ocurrir que el jefe de gabinete no sometiera el decreto a la Comisión Bicameral dentro del plazo establecido, con lo que alguien supondría que el trayecto se corta. No es así, porque entendemos que la omisión del jefe de gabinete ha de habilitar a la Comisión a asumir por decisión propia su competencia, que le está reservada directamente por la constitución y, en ejercicio de aquélla, elevar su despacho a las cámaras del congreso.

b) Si la Comisión Bicameral incumpliera su cometido —situación poco probable, ya que forma parte del congreso y debe tener una composición partidariamente pluralista— esta omisión también tendría que superarse para que, sin inhibición alguna, las cámaras emprendieran el tratamiento del decreto.

50. — En suma, cualquier salteamiento *inconstitucional* que se consume en las etapas a cargo del jefe de gabinete y de la Comisión Bicameral ha de hacer viable el funcionamiento de la etapa ulterior. Y si, finalmente, el congreso no asumiera el tratamiento del decreto, y ni lo rechazara ni lo convirtiera en ley, esta última omisión debería equipararse al rechazo, con el efecto de que el decreto quedaría derogado.

La prohibición actual de dictar decretos de necesidad y urgencia

51. — Atento que, según hemos explicado, los decretos de necesidad y urgencia tienen prevista como exigencia en la constitución una serie de etapas posteriores a su sanción, a efectos del seguimiento y control que debe culminar en el congreso (ver nº 36), somos enfáticos en sostener que:

a) no podían dictarse mientras no existía el jefe de gabinete (o sea, antes del 8 de julio de 1995);

b) tampoco pueden dictarse después de esa fecha mientras no exista la Comisión Bicameral Permanente y, b') se dicte la ley reglamentaria que defina la intervención final del congreso.

Es obvio que la imposibilidad de que opere la participación obligatoria y el trámite de seguimiento y control a cargo de los órganos que la constitución determina, no solo *impide* dictar decretos de necesidad y urgencia sino, además, acarrea la *inconstitucionalidad*

de los ya emanados al margen del itinerario hasta ahora inhibido de aplicación y funcionamiento.

V. LA PARTICIPACION EN EL PROCESO LEGISLATIVO

Las fases del proceso legislativo en las que interviene el poder ejecutivo.

52. — El poder ejecutivo interviene en el *proceso de formación de leyes*. Se acostumbra atribuirle, por eso, el título de "colegislador". En realidad, si aquel proceso se analiza descompuesto en etapas, no parece plenamente exacta la afirmación, porque la participación del presidente sólo tiene cabida en la etapa de iniciativa, y en la posterior de eficacia (promulgación) pero no en la intermedia, que es la "constitutiva", o de creación de derecho nuevo, donde se centra la función legislativa. (Ver cap. XXXV, nº 2).

La última etapa es la de *eficacia,* con la que el proyecto de ley sancionado adquiere vigencia normológica de ley y obligatoriedad; en ella, el poder ejecutivo juega con una opción entre: a) *promulgarlo* (expresamente, o en forma implícita), o b) *observarlo* (o sea, "vetarlo" en todo o en parte); si no lo observa en el término de diez días útiles —art. 80— queda promulgado automáticamente en forma tácita.

La iniciativa y la promulgación de la ley.

53. — El art. 99 inc. 3º primer párrafo consigna que el presidente "participa de la *formación de las leyes* con arreglo a la constitución, las *promulga* y hace *publicar*".

En primer lugar, el art. 77 le reconoce la facultad de *presentar proyectos* en cualquiera de las cámaras, salvo las excepciones que establece la constitución.

Acá hay que hacer un desdoblamiento:

a) el presidente *no puede presentar proyectos* cuando a') se trata de la *iniciativa popular,* porque son "los ciudadanos" quienes lo hacen en la cámara de diputados (art. 39); a") se trata de someter a *consulta popular vinculante* un proyecto, porque si es el congreso el que debe decidir hacerlo a iniciativa de la cámara de diputados (art. 40), parece claro que el presidente no puede impulsar dicho proyecto;

b) el presidente *no puede presentar un proyecto en cualquiera de las cámaras* cuando b') se trata de proyectos sobre contribuciones y reclutamiento de tropas, porque los debe presentar en la cámara de

diputados (art. 52); b") se trata de proyectos de ley-convenio en materia de coparticipación federal (art. 75 inc. 2º) y de leyes para proveer al crecimiento armónico de la nación, al poblamiento de su territorio, y a políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (art. 75 inc. 19), porque los debe presentar en el *senado*.

La fase de eficacia

54. — La fase de eficacia se desglosa en varios aspectos.

a) El presidente *examina* el proyecto sancionado, conforme al art. 78; este examen puede recaer en diversos puntos: si el procedimiento de sanción legislativa fue correcto; si la normativa es conveniente, oportuna, acertada, etc.; si se la considera constitucional o no, etc.; según sea el criterio presidencial, el proyecto sancionado *será promulgado o vetado*.

b) Si el presidente *aprueba* el proyecto, puede hacer dos cosas: b') *promulgarlo expresamente*, o b") dejar transcurrir el plazo de diez días útiles para que se opere *la promulgación tácita* (lo que, a nuestro juicio, no impide una promulgación expresa después de producida la tácita por el vencimiento del plazo); en cualesquiera de ambas hipótesis, ha concurrido la voluntad del poder ejecutivo para consumar la etapa de eficacia y convertir al proyecto sancionado por el congreso en "ley".

c) El presidente dispone la *publicación* del texto de la ley. La publicación integra en nuestro sistema la etapa de eficacia para dar vigencia normológica y obligatoriedad a la ley, por lo que puede decirse que dicha etapa se compone de: c') *la promulgación* y c") la *publicación*.

55. — En tanto el art. 82 le prohíbe al congreso la sanción tácita o ficta de leyes, el art. 80 prevé que el poder ejecutivo *promulgue tácitamente* un proyecto de ley, situación que se configura cuando no lo devuelve al congreso en el plazo de diez días útiles.

En un margen de duda, nos parece admisible sostener que la promulgación tácita del art. 80 también se opera si, conforme al art. 83, las dos cámaras han insistido en un proyecto antes vetado, que se convierte en "ley y pasa al poder ejecutivo para su promulgación", por lo cual suponemos que para el caso del art. 83 no es imprescindible ni obligatoria la promulgación expresa.

56. — La *publicación de la ley* viene ahora exigida expresamente

en la constitución formal por el art. 99, inc. 3º, primer párrafo.

La *promulgación tácita* provoca un problema, porque en ausencia del decreto del poder ejecutivo falta también la correspondiente orden de publicar la ley. Cualquiera sea la solución burocrática que se arbitre, no dudamos de que también *las leyes promulgadas tácitamente exigen el requisito de su publicación.*

Las leyes "secretas"

57. — Aunque con carácter excepcional, a veces nuestro derecho constitucional material ha conocido las leyes llamadas "secretas".

La ley secreta es la que, no solamente no se publica, sino que además recibe expresamente el carácter de "secreta" (o reservada), para que no sea conocida de manera alguna (una ley no es secreta por el solo hecho defectuoso de que no se publique oficialmente, si pese a ello se da a conocimiento público por otros medios suficientes de difusión).

Como principio, la ley secreta no se compadece con el sistema republicano (ver cap. XXXV, nº 81), por lo que sólo resulta admisible en situaciones muy excepcionales de estados reales de necesidad o secretos de estado, y cuando además su aplicación se reserva a la mera esfera "interna" del poder, sin alcanzar en su dispositivo a los particulares.

El "momento" a partir del cual la ley produce efectos

58. — Los efectos jurídicos de la ley tienen como punto de partida el momento de su *publicación,* que es cuando se la conoce y, por ende, se hace obligatoria. Lo normal es que aquellos efectos se produzcan "hacia adelante", es decir, para el *futuro.* Pero es posible que la ley establezca variantes a partir del momento (publicación) en que es puesta en el orden normológico:

a) Puede *dilatar* su aplicación por un lapso que ella determina, durante el cual no se aplica, y al que se le llama "vacatio legis" (por ej.: una ley que establece que entrará a regir noventa días después de su promulgación).

b) Puede ir *hacia atrás* en el tiempo, en cuyo caso es *retroactiva,* y ello acontece tanto si: b') la ley dispone que entrará a regir desde su promulgación (que normalmente es anterior a su publicación), salvo que se publique el mismo día de promulgada, como si b") dispone que rige desde una fecha anterior a la promulgación.

No es del caso un análisis doctrinario sobre el tema, y con mucha simplificación reducimos la cuestión a decir que con *la publicación* la ley "es puesta" en el orden normológico con *vigencia normológica,* y que el instante y el acto de "ponerla" puede adquirir *efectos aplicativos temporalmente* distintos: a) que se aplique a partir "de allí"; b) que se aplique retroactivamente; c) que se aplique después de un cierto lapso.

Ver cap. XXXV, nº 82.

59. — Es sabido que la *retroactividad es inconstitucional* en dos situaciones: a) por *expresa* norma del art. 18, en *materia penal;* b) *implícitamente,* cuando altera, desconoce, suprime o viola *derechos "adquiridos".*

Ver Tomo II, cap. XXIV, acápite VI.

60. — La *vigencia sociológica,* como fenómeno del orden de conductas, no depende de lo que la norma diga, sino de su cumplimiento y eficacia.

El veto

61. — Nuestro derecho constitucional del poder reconoce al poder ejecutivo la facultad de *observar* los proyectos de ley sancionados por el congreso. Regula dicha facultad en la parte dedicada a la formación y sanción de las leyes, o sea, en la referente al congreso.

La constitución formal ignora la palabra *veto* que, sin embargo, es común en el lenguaje constitucional. También se conoce en el derecho constitucional del poder el término *reenvío,* como concepto que señala la *devolución* a las cámaras de un proyecto de ley observado por el ejecutivo.

El veto está previsto en el art. 83 de la constitución. "Desechado en el *todo* o en parte un proyecto por el poder ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la cámara de origen". Desechar significa *observar.* Lo que el poder ejecutivo observa es el "proyecto" de ley sancionado por el congreso. (No es todavía ley, porque la *ley* es un acto *complejo* que exige concurrencia de dos órganos —el congreso y el presidente de la república— y a esta altura del proceso falta todavía la voluntad del segundo.) El presidente observa. Y observa *todo* el proyecto, o una *parte* de *él.*

Hay ahora otra previsión conectada con la *promulgación parcial* de la parte no vetada en el art. 80 (ver nºs. 71 y 73/74).

62. — Aunque parezca difícil que el poder ejecutivo vete una sanción legislativa que se originó en un proyecto por él enviado al congreso, creemos que la iniciativa presidencial no impide ejercer el veto en ese caso (que puede convertirse en verosímil si entre la remisión originaria del proyecto por el ejecutivo y el momento del veto ha cambiado la persona física del presidente y, con más razón, si el proyecto ha tenido modificaciones en el congreso).

63. — Si mientras transcurre el plazo constitucional para el veto el congreso entra en receso, es indudable que la facultad presidencial

de vetar y la devolución del proyecto no pueden quedar trabadas, como tampoco la ocasión para que el congreso pueda insistir en su sanción. De ahí que el receso parlamentario no suspenda el plazo para vetar, que también el veto pueda ser ejercido, que asimismo el proyecto deba ser devuelto al congreso, y que éste haya de ser convocado a sesiones extraordinarias a efectos del art. 83.

64. — ¿A quién debe enviar el ejecutivo el proyecto vetado: al congreso, o a la cámara de origen? El art. 83 dice que, desechado un proyecto, vuelve con sus objeciones a la *cámara de su origen*, lo que significa que la que fue cámara de origen para la sanción debe ser la primera en el trámite de nueva discusión posterior al veto. Pero esta imposición constitucional para el tratamiento parlamentario del proyecto vetado no llega a definir por dónde debe tener *ingreso* parlamentario la devolución de ese proyecto observado. Con criterio amplio, reputamos válida cualquiera de estas dos soluciones: a) el ejecutivo devuelve el proyecto al congreso, y éste lo deriva a la que fue cámara de origen, o b) el ejecutivo lo devuelve directamente a la cámara de origen. Lo que parece incorrecto es que la remisión se haga a la cámara revisora, no obstante lo cual el defecto no invalidaría el veto, pero ciertamente la cámara revisora no podría iniciar (por no haber sido la de origen) el tratamiento de las observaciones.

El plazo para vetar

65. — Nuestra constitución no dice desde cuándo se computa el plazo de diez días útiles durante el cual el poder ejecutivo puede observar el proyecto de ley, y transcurrido el cual sin haberlo observado, se reputa aprobado.

Parece que sin la comunicación oficial del congreso al poder ejecutivo, éste carece de noticia sobre la sanción, y no puede vetar ni promulgar. Sería, pues, indispensable contar el período de diez días útiles para que el proyecto sancionado es presentado por el congreso al presidente de la república.

La "forma" del veto

66. — El veto presidencial no está —como principio general— constitucionalmente supeditado a formas especiales. El poder ejecutivo puede devolver el proyecto de ley observado mediante un mensaje, o por decreto, debidamente fundados ambos. Lo que sí necesita, tanto en un caso como en el otro, es el *refrendo ministerial.*

67. — Sin embargo, hay un supuesto especial: el *veto parcial* que, conforme al art. 80, va acompañado por la *promulgación parcial* de la parte no vetada, tiene expresamente establecidos en el art. 100 inc. 13 la formalidad de *decreto,* el refrendo conjunto por el jefe de

gabinete y los demás ministros, y el sometimiento a la Comisión Bicameral Permanente (para esto, ya el art. 80 hace aplicable el procedimiento que el art. 99 inc. 3º prevé para los decretos de necesidad y urgencia).

La difícil coordinación de los arts. 80 y 83

68. — Una situación confusa se presenta en la correlación de los arts. 80 y 83. En efecto:

a) el *art. 80* admite ahora el veto parcial y la promulgación también parcial del fragmento no vetado, estableciendo que en ese caso hay que aplicar el procedimiento previsto en el art. 99 inc. 3º para los decretos de necesidad y urgencia; pero

b) el *art. 83* establece que *tanto cuando el veto es total como cuando es parcial,* el proyecto "vuelve *con sus objeciones* a la cámara de origen", lo que dejaría la impresión de que este reexamen del veto por el congreso implicaría —cuando el veto ha sido parcial— el retorno integral de todo el proyecto, precisamente para deparar al congreso la posibilidad de insistencia prevista en el propio art. 83.

Un sector de la doctrina entiende —sin embargo— que cuando hay *veto y promulgación parciales,* la parte vetada no se ha de devolver al congreso, ya que está en vigor y, de acuerdo a la norma específica que regula esta hipótesis en el art. 80, debe abrirse el mecanismo de seguimiento y control que la constitución reglamenta para los decretos de necesidad y urgencia.

No es fácil tomar partido, pero parece razonable inclinarse por esta última interpretación, pues la norma específica para el caso (art. 80) prevalecería sobre la genérica (art. 83) que se aplicaría solamente si no hubiera promulgación parcial de la parte no vetada.

A primera vista, parecería que de aceptarse esta solución se volvería parcialmente inoperante el art. 83, pero en un intento de conciliarlo con el art. 80 cabría imaginar que el sometimiento de la promulgación parcial al ya citado procedimiento arbitrado para los decretos de necesidad y urgencia siempre le conferiría al congreso —en su última etapa— la oportunidad para confirmar o rechazar el desglose que el veto y la promulgación parciales hicieron a la sanción de la ley.

Los actos del congreso que pueden vetarse

69. — La *opción* presidencial para *promulgar* o *vetar* es solamente un principio, al que la constitución le pone algunas *excepciones.* Así, por ejemplo:

a) Es clásica la que *obliga* a promulgar la ley que se convierte en tal porque después de un veto se logra la *insistencia de ambas cá-*

maras sobre el proyecto anteriormente sancionado, conforme al art. 83, que ha mantenido el texto del anterior art. 72;

b) Es nueva la *prohibición explícita* de veto que establece el art. 40 cuando el congreso decide someter a *consulta popular vinculante* un proyecto determinado.

70. — Fuera de la normativa constitucional expresa, podemos acumular un enfoque doctrinario adicional:

a) Si partimos del dato empírico y cierto de que el congreso cumple todas sus competencias dictando "leyes", y de que las "leyes" admiten veto, cabe interpretar que los actos congresionales con forma de ley quedan sujetos a veto.

b) Si, en cambio, investigamos en cada competencia ejercida por el congreso cuál es su "naturaleza material" (si actividad política, o administrativa, o legislativa), y ello en razón del "contenido" del acto y no de su "forma" (que siempre se traduce en una "ley"), cabe decir que: b') los actos con forma de ley que por su naturaleza no son legislativos (sino por ej., políticos o administrativos), no admiten veto; b") solamente las "leyes" que por su materia, naturaleza o contenido implican ejercicio de función legislativa, son susceptibles de veto. Tal es la solución que personalmente juzgamos correcta.

Como se advierte, la cuestión se simplificaría si el congreso abandonara su práctica de ejercer todas sus competencias con forma de ley, y reservara la forma de ley únicamente para las que por su esencia fueran "ley *material*", porque entonces los actos sin forma de ley escaparían con más facilidad al veto del poder ejecutivo.

La promulgación parcial de las leyes

71. — El art. 80 dispone:

"Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos *desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante.* Sin embargo, *las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.* En este caso, será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia."

(La bastardilla es nuestra).

La innovación que ha introducido la norma encara un tema que antes fue objeto de discusión por la doctrina, y que tuvo alguna definición esquemática en el derecho judicial de la Corte Suprema, además de soluciones no ortodoxas en la vigencia sociológica del texto anterior a la reforma.

Si siempre se admitió que el *veto parcial era posible,* el problema devino de la *promulgación de la parte no vetada,* que también siempre habíamos reputado inconstitucional, no obstante la praxis divergente.

El derecho judicial anterior a 1995 en materia de veto parcial y de promulgación parcial

72. — La Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de expedirse antes de la reforma de 1994 acerca de la viabilidad del *veto parcial,* y de la inconstitucionalidad de la *promulgación parcial.*

a) La primera sentencia (sobre veto parcial) data del año 1941, en el caso "Giulitta Orencio A. y otros c/Gobierno Nacional", y en ella el argumento de la parte actora, sobre el cual se pronunció la Corte, fue el siguiente: cuando *se veta parcialmente una ley y se promulga la parte no vetada, queda en vigencia toda la ley,* porque se ha omitido devolver al congreso el texto íntegro de la ley parcialmente observada. Al decidir la impugnación, el alto tribunal no acogió ese criterio, y estimó que lo cuestionado era exclusivamente la facultad de vetar parcialmente, y no el "efecto" producido por el veto parcial; y limitando su sentencia a ese aspecto, sostuvo que el *veto parcial* era legítimo y *constitucional* a tenor del entonces art. 72, y que ejercido por el poder ejecutivo, suspende la aplicación de la ley por lo menos en relación a la parte vetada, o sea, impide, el efecto de la promulgación tácita. Expresamente añadió la Corte que no tenía, en esa oportunidad y en esa causa, por qué pronunciarse sobre la posibilidad constitucional de promulgar fragmentariamente la parte no vetada de la ley, de modo tal que la sentencia recaída en el caso Giulitta no puede invocarse como un precedente sobre la constitucionalidad de la promulgación parcial de una ley vetada parcialmente.

b) La segunda sentencia, del año 1967, recayó en el caso "Colella Ciriaco c/ Fevre y Basset S.A. y/u otro". En ella, la Corte consideró que la *promulgación parcial* de la ley 16.881 fue constitucionalmente *inválida,* pero lo sostuvo después de tomar en cuenta que el proyecto sancionado por el congreso era *un todo indescindible,* de modo que *no podía promulgarse la parte no observada* sin detrimento de la *unidad* del texto; la promulgación parcial que separó de él algunos artículos y los segregó de un cuerpo orgánico que configuraba una reglamentación completa del contrato de trabajo, decidió a la Corte a declarar inconstitucional un procedimiento que puso en vigor dichas normas en un ámbito que no fue el querido por el legislador.

Es importante el precedente, por la afirmación de la Corte acerca de la *judiciabilidad* del caso; el principio de que sus facultades jurisdiccionales no alcanzan al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes cede ante el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley, y ello ocurre si, en los términos del entonces art. 72 de la constitución, el poder ejecutivo carece de la facultad de promulgación parcial.

c) En síntesis, la doctrina judicial de la Corte reconoció siempre la validez constitucional del veto y la promulgación parciales, a condición de que las normas promulgadas pudieran separarse del texto total sin afectar la unidad de éste. Vigente ya la reforma de 1994, y con la cláusula nueva del actual art. 80 (ver nº 73) el tribunal siguió reiterando aquella jurisprudencia cuando hubo de encarar promulgaciones parciales de leyes anteriores a dicha reforma (por ej., en el caso "Bustos Julio O. c/Servicios Especiales San Antonio SA.", del 20 de agosto de 1996).

La reforma de 1994

73. — Con el actual art. 80 se ha consagrado el principio general de que las partes de la ley que no son objeto de observación por el poder ejecutivo sólo pueden promulgarse *si tienen autonomía normativa y si su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto* que sancionó el congreso.

Es la pauta que sentó la Corte en el citado caso "Colella c/Fevre y Basset S.A.", del año 1967. Vigente ya la reforma, dio por aplicable el mismo criterio en la hipótesis del art. 80 al fallar la causa "Bustos Julio O. c/Servicios Especiales San Antonio S.A.", el 20 de agosto de 1996.

Pero hay algo más: para la promulgación parcial así condicionada debe aplicarse el mismo procedimiento que el art. 99 inciso 3º fija para los decretos de necesidad y urgencia.

Sin que la propuesta de un mejor control sea una sola, pensamos que pudo insertarse alguna otra solución en la órbita del congreso y, recogiendo precedentes del constitucionalismo provincial —por ejemplo, de la constitución de Córdoba— haber establecido que antes de la promulgación parcial que autoriza el art. 80 la cámara de origen tiene que emitir decisión favorable.

74. — El artículo tal como está formulado deja un interrogante, cual es el de qué órgano decide si la parte no vetada que se promulga parcialmente tiene o no autonomía normativa, y si se altera o no el espíritu y la unidad de la ley.

No hay duda de que en el momento en que el poder ejecutivo veta una parte de la ley y promulga el resto, es él quien adopta la decisión según su criterio. Decir esto, circunscripto exclusivamente a ese momento, es reconocer objetivamente que el criterio para hacerlo pertenece al órgano al cual la constitución le discierne la competencia de vetar y de promulgar. Pero ahí comienza un trayecto que, ulteriormente, puede demostrar que el ejercicio que el ejecutivo hizo de su facultad excepcional de promulgación parcial es solamente *provisorio.*

Lo vemos así porque, en primer lugar, el art. 80 remite al procedimiento ya recordado que el art. 99 inciso 3º prescribe para los decretos de necesidad y urgencia, conforme al cual *el congreso tiene capacidad de revisión y control.* Todo dependerá de cómo sea la ley que reglamente esta intervención del congreso.

En segundo lugar, queda pendiente el arduo tema de si será viable someter la decisión a *control judicial.* El ya citado precedente del caso "Colella" puede servir de ejemplo, no obstante su carácter excepcional, para que ahora digamos que si a falta de norma constitucional la Corte afrontó la cuestión, la circunstancia de que ahora exista esa norma y prevea la promulgación parcial dentro de un encuadre delineado conforme a aquella jurisprudencia, deja la impresión de que, con igual y mayor razón aún, se refuerza la expectativa del posible *control judicial se mantiene.*

Nuestra respuesta personal, dado que en el trámite último el art. 80 reenvía al que la constitución adjudica a los decretos de necesidad y urgencia, es similar a la que dimos al abordarlos (ver acápite IV).

VI. LOS NOMBRAMIENTOS

Su noción

75. — El art. 99 reconoce al poder ejecutivo la facultad de realizar una serie de nombramientos de ciertos funcionarios y agentes, solo o con acuerdo del senado; de removerlos, solo o con acuerdo del senado, y de efectuar designaciones "en comisión".

La designación de los jueces federales: las innovaciones en la reforma de 1994

76. — El inciso 4º del art. 99 sobre competencias presidenciales estipula:

"Nombra los *magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado* por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los *demás jueces de los tribunales federales* inferiores en base *a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado,* en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será ne-

cesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite."

(La bastardilla es nuestra).

La diferencia con el anterior inciso 5º del art. 86 es notoria.

La facultad del presidente —con acuerdo del senado— para *designar a los jueces federales* se ha limitado en varios aspectos:

a) solamente *se mantiene* para nombrar con acuerdo del senado a los *magistrados de la Corte Suprema;* pero;

b) ese acuerdo necesita ahora un *quorum favorable agravado,* que se fija en los dos tercios de los miembros presentes de la cámara, debiendo la *sesión* ser *pública* y convocarse a ese efecto;

c) para los *demás jueces* de los tribunales inferiores el procedimiento de designación con acuerdo del senado viene precedido por la intervención del *Consejo de la Magistratura* (previsto en el art. 114), que propone una *terna vinculante;*

d) la norma añade —con carácter obligatorio— que se tendrá en cuenta la *idoneidad* del candidato, y esta indicación imperativa alcanza tanto al senado para prestar el acuerdo como al presidente para seleccionar dicho candidato entre los tres propuestos por el Consejo de la Magistratura.

Una vez efectuado el nombramiento, los jueces de la Corte sólo pueden ser removidos por juicio político y los demás por un jurado de enjuiciamiento. O sea, la voluntad de los órganos designantes no puede revocarles el nombramiento.

77. — Dentro del marco competencial de cada órgano interviniente para la designación de magistrados federales, el nuevo texto nos coloca ante un *acto complejo* con participación de los *tres poderes:* a) terna vinculante del *Consejo de la Magistratura,* que forma parte del *poder judicial;* b) designación por b') el *poder ejecutivo,* b") con acuerdo del senado.

78. — Las modificaciones realizadas tienden a "despolitizar" el mecanismo de selección y nombramiento de los jueces, y a evitar las digitaciones amiguistas o partidistas.

La terna del Consejo de la Magistratura

79. — Hay que esclarecer qué significa *ternas "vinculantes"* cuando el apartado 2 del art. 114 le asigna al Consejo de la Magistratura la facultad de proponerlas para la designación de jueces de los tribunales federales inferiores.

Todo lo que es vinculante *obliga* al órgano que queda vinculado por la decisión de otro. En el caso, la terna vinculante que confecciona el Consejo de la Magistratura obliga a los órganos que, a partir de allí, nombran a los jueces: el *poder ejecutivo,* y el *senado.*

No obstante, que la terna vinculante "obliga" puede alcanzar dos sentidos. Uno se nos hace muy claro: a) ni el ejecutivo ni el senado pueden designar como juez a un candidato extraño a la terna; o sea, a quien no está incluido entre los tres propuestos. El otro sentido se vuelve dudoso: b) ¿puede rechazarse la terna en bloque, y no designarse a ninguno de los comprendidos en ella?

80. — Entre las alternativas y para evitar los bloqueos, adherimos a la tesis que postula comprender que la naturaleza vinculante de la terna apareja dos efectos: a) uno —indudable e indiscutible—, que *prohíbe designar como juez a un candidato no incluido en la terna;* b) otro, que también *impide rechazar la terna en bloque,* con el resultado de que —entonces— siempre deberá el poder ejecutivo elevar al senado el requerimiento de acuerdo para uno de los tres.

Si ésta no fuera la interpretación a prevalecer, transaríamos con otra: a) la terna obliga a no nombrar un candidato ajeno a ella, pero b) permite su rechazo total por *única vez* —a lo sumo por dos— *en tanto una ley así lo prevea.*

La inamovilidad de los jueces

81. — El tercer párrafo del inciso introduce una innovación carente de tradición en el régimen constitucional del poder judicial federal. Se refiere a la *inamovilidad vitalicia.*

La lectura del actual art. 110, que mantiene sin reforma al que era art. 96, sigue garantizando esa inamovilidad, pero la cláusula nueva que estamos analizando en el art. 99 la respeta sólo hasta que el juez cumple la *edad de setenta y cinco años,* momento en el que *cesa* en el desempeño de su cargo.

No obstante, es susceptible de un *nuevo nombramiento* con acuerdo del senado —pero ya sin intervención previa del Consejo de la Magistratura—, que tiene plazo de duración por cinco años y puede renovarse indefinidamente mediante el mismo trámite.

La *disposición transitoria undécima* consigna que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inciso 4º sólo *entrará en vigencia a los cinco años* de sancionada la reforma.

82. — La caducidad de la inamovilidad por edad plantea un serio problema, que no queda subsanado por el hecho de que la norma no tenga aplicación inmediata sino diferida. Lo proponemos así.

Siempre hemos entendido que cualquier funcionario público que accede a un cargo mediante un nombramiento efectuado de conformidad con la normativa vigente en ese momento, *adquiere un derecho de función* que se rige por ella, y que no es susceptible de alterarse en su esencia durante el tiempo de desempeño; una norma sobreviniente —así sea de la constitución— que reduce el período, es *inconstitucional* cuando se aplica a quien, por su derecho de función, tenía asignado uno mayor. Por ende, para los jueces que tenían al entrar en vigor la reforma de 1994 ya garantizada su inamovilidad sin límite temporal a la fecha de su designación y su acceso al cargo por el anterior art. 96 de la constitución, la reforma resulta *inconstitucional* en la medida en que les amputa el desempeño al alcanzar la edad de setenta y cinco años.

En cambio, para los jueces que no se hallaban en funciones al entrar en vigor la reforma, y cuyos nombramientos son posteriores, la nueva normativa constitucional no ofrece reparo desde el punto de vista de su constitucionalidad, por ser la vigente en el momento de la designación y del acceso al cargo.

El acuerdo del senado

83. — Para el acuerdo como competencia "privativa" de la cámara de senadores, remitimos al cap. XXXVI, nº 7 c).

El senado, al prestar o negar el acuerdo, debe controlar en primer lugar si el candidato *reúne los requisitos constitucionales,* en caso de estar éstos exigidos —como en el caso de los ministros de la Corte Suprema de Justicia—; pero, en segundo lugar, el senado dispone del *arbitrio* de todo órgano que al nombrar una persona con los requisitos exigibles, pondera la conveniencia y la oportunidad del nombramiento, no para exigir otros requisitos, sino para actuar plenamente su capacidad de selección.

84. — El pedido de acuerdo que eleva el poder ejecutivo al senado se conoce en el vocabulario usual como "envío del pliego". Ese pedido debe indicar concretamente el *cargo individual* para el cual se formula (no es correcto —por ej.— solicitar el acuerdo para "juez federal de primera instancia" o para "juez de cámara", sino para tal o cual juzgado de primera instancia en particular, o para tal o cual sala de tal o cual cámara de apelaciones).

El senado no puede prestar acuerdos sin determinación precisa,

por dos razones fundamentales: a) porque debe comprobar si el cargo está o no vacante; b) porque no puede dejar al arbitrio del poder ejecutivo determinar después el cargo concreto, ya que el acto complejo de nombramiento requiere la voluntad del ejecutivo y del senado —conjuntamente— para un cargo "determinado".

85. — Es obvio, para nosotros, que si el acuerdo y el nombramiento deben referirse a *un cargo judicial determinado y concreto,* todo *traslado* a un cargo distinto al que se halla desempeñando un juez, necesita doblemente el acuerdo y el nombramiento, por lo que no cabe que el poder ejecutivo traslade a otro cargo igual, cambie la sede, el fuero, y menos el grado.

86. — Cuando el ejecutivo pide el acuerdo para nombrar como juez a una persona que no está desempeñándose, o que lo está en un cargo distinto a aquél para el cual el acuerdo se solicita, entendemos que una vez prestado ese acuerdo por el senado, hace falta el nombramiento presidencial para integrar el título completo.

87. — Si el ejecutivo pide el acuerdo respecto de un juez que está desempeñándose ya mediante un nombramiento "en comisión" (propio del art. 99 inc. 19) entendemos que una vez prestado el acuerdo no hace falta el posterior nombramiento del ejecutivo para perfeccionar el título, desde que el acuerdo se otorga sobre una designación presidencial ya efectuada anteriormente.

Cuando el senado *deniega* el acuerdo, no hallamos óbice para que el ejecutivo reitere ulteriormente el pedido para la misma persona (siempre que el cargo esté vacante); si el acuerdo denegado recae en un juez que está desempeñándose en comisión, entendemos que debe cesar con la denegatoria y dejar vacante el cargo, lo que tampoco impediría que para un posterior "nuevo nombramiento" posible, el ejecutivo volviera a insistir en el pedido de acuerdo a favor de la misma persona.

La duración del acuerdo

88. — El nombramiento de jueces con acuerdo del senado confiere un *status definitivo* a favor del juez, que se pierde únicamente por la destitución mediante enjuiciamiento político. La inamovilidad significa, entre otras cosas, que el título obtenido por el nombramiento es *perfecto y vitalicio.*

Ver nos 81 y 82.

La renuncia de los jueces

89. — En cuanto a la *renuncia* de los jueces, la práctica constitucional ha indicado que debe elevarse al poder ejecutivo, no obstante que los miembros de la judicatura no integran dicho poder ni dependen de él.

No obstante, en el caso del *presidente de la Corte Suprema,* cabe distinguir un doble cargo: a) el de *juez* del tribunal, y b) el de *presidente* del mismo. Como juez, su renuncia debe elevarse al poder ejecutivo; como presidente, su renuncia debe elevarse a la misma Corte, que lo ha designado entre sus miembros para tal función.

La designación y remoción de los diplomáticos

90. — El poder ejecutivo *nombra y remueve con acuerdo del senado* a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios. Para el personal diplomático, observamos que el acuerdo senatorial es requisito de *designación* y de *remoción* conforme al inc. 7º del art. 99.

Al igual que para los jueces, tanto el acuerdo del senado como la designación del poder ejecutivo deben determinar concretamente cuál es el estado donde el diplomático va a desempeñar su función. Todo ascenso y todo cambio de destino requieren asimismo de esa precisión.

La designación de los oficiales de las fuerzas armadas

91. — El poder ejecutivo, a tenor del inc. 13 del art. 99 *provee con acuerdo del senado* los empleos militares en la concesión de los empleos o grados de *oficiales superiores* de las fuerzas armadas. Por sí solo —es decir, sin acuerdo del senado, y también sin refrendo de un ministro— lo puede hacer en campo de batalla.

Se discute si para ascender en el escenario de la actividad bélica, el presidente como comandante en jefe de las fuerzas armadas debe estar presente, o si aun no estándolo, puede ejercer su facultad. El texto constitucional no es claro, porque al exigir que el ascenso se haga "en campo de batalla" no dice si debe estar en campo de batalla el favorecido, el presidente, o ambos. Que debe estar el primero no parece dudoso. Creemos que, actualmente, con la rapidez de las informaciones, si el presidente no está en campo de batalla (sólo lo estuvieron Urquiza y Mitre) pero toma conocimiento fehaciente de un acto de arrojo o mérito equivalente, puede conferir grado superior por sí solo desde la sede de su cargo en cualquier parte en que se encuentre.

La designación de los ministros del poder ejecutivo

92. — El inc. 7º del art. 99 establece que el presidente *nombra y remueve por sí sólo* al jefe de gabinete y a los ministros del despacho. Pensamos que *no* necesita refrendo de otro ministro. Es un acto *personalísimo.*

La designación de otros agentes

93. — También el inc. 7º otorga la facultad presidencial de nombrar y remover a los oficiales de sus secretarías, a los agentes consulares, y a los demás empleados de la administración cuyo nombramiento *no está reglado de otra manera por esta constitución.*

El vocablo "empleados" involucra también a los agentes de jerarquía superior que el derecho administrativo denomina "funcionarios", siempre que se trate de la administración dependiente del poder ejecutivo.

94. — Es confusa la distribución que, con la reforma de 1994, ha hecho la constitución entre el presidente y el jefe de gabinete en materia de los nombramientos aquí analizados. En efecto, el art. 100 inc. 3º dice que al jefe de gabinete le corresponde "efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, *excepto los que correspondan al presidente*".

¿Cuáles le quedan al jefe de gabinete, una vez que en el art. 99 se agrupan los que incumben al presidente?

Parecería que solamente los del personal (jerarquizado y común) del elenco adminsitrativo que, no obstante estar reglados en el inc. 7º del art. 99, no parece necesario personalizarlos en el presidente.

Ver cap. XXXIX, nº 7.

El acuerdo senatorial para cargos que no lo requieren por la constitución

95. — La ley que requiere el acuerdo senatorial para cargos que por la constitución no exigen ese requisito es *inconstitucional.*

La estabilidad del empleado público

96. — No obstante la cláusula del inc. 7º que atribuye al presidente la facultad de nombrar y remover, creemos que ni ésta ni la del art. 100 inc. 3º permiten prescindir de la garantía de "*estabilidad* del empleado público" que contiene el *art. 14 bis.* Por ende, la facultad de remoción no es discrecional, y debe tener en cuenta dicha garantía, y el desarrollo reglamentario que razonablemente le asigne la ley.

VII. LOS NOMBRAMIENTOS "EN COMISION"

El inciso 19 del artículo 99

97. — El inc. 19 del art. 99 prevé los nombramientos "en comisión", que la propia constitución denomina de esa manera.

Estas designaciones no deben confundirse con la "puesta en comisión" que, como práctica, ha cobrado curso en nuestro derecho constitucional del poder, sobre todo en épocas de facto, y especialmente con los jueces, y que implica suspender la inamovilidad, asumiendo el poder de facto la atribución de allanarla mediante destitución o separación al margen de los procedimientos comunes.

El inc. 19 dice que el presidente tendrá facultad para llenar las vacantes de los empleos que requieran el *acuerdo del senado,* y que *ocurran* durante su *receso,* por medio de "nombramientos *en comisión*" que expirarán al fin de la próxima legislatura.

98. — El texto ofrece varias dudas e interpretaciones. En primer lugar, "vacantes que *ocurran* durante el receso del senado" no significa, literalmente, que la vacancia debe acontecer estando en receso dicha cámara (con lo que la designación en comisión no podría efectuarse si la vacante se produjo estando el senado en funciones y no fue provista antes del receso); a nuestro criterio, es suficiente que el cargo o empleo *esté vacante* durante el receso del senado —aunque la vacancia se haya configurado antes—, para que el poder ejecutivo pueda actuar la atribución que le confiere el inc. 19. En segundo lugar, si el acuerdo del senado no se presta o no se deniega expresamente antes de finalizar el próximo período de sesiones del congreso (posterior al nombramiento en comisión), la designación expira y el funcionario cesa; la expresión "próxima legislatura" abarca el período de sesiones ordinarias y su prórroga, pero no las extraordinarias.

En su Resolución nº 1494 del 23 de noviembre de 1990, la Corte Suprema dispuso que debía tomarse el juramento de ley a los jueces que habían sido designados por el poder ejecutivo para cubrir vacantes que se produjeron durante el período ordinario de sesiones del congreso, con lo que convalidó la tesis que admite designaciones en comisión durante el receso del congreso aunque el cargo haya vacado antes. (En disidencia, véase el voto del doctor Belluscio.)

99. — Se nos ocurre que la misma norma del inc. 19 regula también el caso de nombramientos para cargos "nuevos" que, por ser de creación reciente, se han de reputar vacantes.

El acuerdo senatorial posterior al nombramiento en comisión

100. — a) Cuando el ejecutivo —cualquiera sea la persona (órgano-individuo) que lo ejerce— realiza un nombramiento en comisión, ese *nombramiento* —que requiere acuerdo senatorial— *es irrevocable por el propio poder ejecutivo* (aunque luego cambie la persona del presidente que lo ejerza). La expiración del nombramiento sólo puede operarse al término de la próxima legislatura, si el senado omite prestar el acuerdo (pero no si lo deniega antes expresamente).

b) El ejecutivo *está obligado,* durante la próxima legislatura posterior al nombramiento en comisión, a solicitar el acuerdo al senado para la misma persona. En consecuencia, no puede omitir la propuesta, y no puede pedir acuerdo para una persona distinta a la designada en comisión —porque el cargo no está vacante, ni el nombramiento en comisión puede ser revocado por el ejecutivo—.

c) El *senado* puede *prestar* el acuerdo o *no prestarlo.*

c') Si lo presta, el nombramiento adquiere su perfección porque, como dice Bielsa, el nombramiento en comisión (sin acuerdo) está sujeto a condición suspensiva.

c") Si no lo presta, la negativa senatorial explícita cancela *ipso facto* e *ipso iure* el nombramiento en comisión, sin que quepa alegar que éste dura hasta la expiración del período de sesiones.

c"') Si el ejecutivo no envía el pliego requiriendo el acuerdo, creemos que el senado —con conocimiento del nombramiento en comisión— debe requerir dicho pliego para la persona designada, y que ésta ha de contar también con una vía útil para provocar la decisión —favorable o denegatoria— del senado.

d) Si el ejecutivo solicita acuerdo a favor de un candidato que no es la persona ya designada por él en comisión, el senado tiene plenitud de competencia para denegar ese acuerdo declarando que el cargo no está vacante. Sólo después de la negatoria senatorial *expresa* con respecto al mismo funcionario designado en comisión por el ejecutivo, podrá el ejecutivo proponer el acuerdo para otra persona.

101. — Lo que juzgamos inviable, porque implica bloquear la participación del senado so pretexto de ejercer la facultad presidencial de efectuar nombramientos en comisión, es que el poder ejecutivo deje vencer el período legislativo sin solicitar el acuerdo, y que al caducar dicho nombramiento vuelva

a realizar otro para la misma persona. No hay duda de que, de darse este procedimiento, el designado permanecería en su cargo a través de sucesivas renovaciones de su nombramiento, con marginamiento de la intervención senatorial, que se hace imprescindible para la continuidad o permanencia en la función.

VIII. LAS RELACIONES CON EL CONGRESO

Su noción

102. — Si bien ya estudiamos la participación del ejecutivo en el proceso de formación de las leyes —participación que importa una relación *interórganos*— (ver acápite V) acá vamos a ocuparnos de las relaciones con el congreso que son puramente "formales", y que no significan aportar el concurso de la voluntad presidencial para la realización de actos del congreso (actos que por esa concurrencia de voluntades consideramos complejos).

La apertura de las sesiones

103. — El inc. 8º del art. 99 establece que el presidente hace anualmente la *apertura* de las sesiones del congreso.

En el acto de apertura el presidente da cuenta del estado del país con la lectura de un *mensaje*, en el que por práctica engloba la memoria de cada ministerio (que conforme al art. 104 los ministros deben presentar al congreso al abrirse sus sesiones anuales).

Remitimos al cap. XXXII, nº 7.

La prórroga de las sesiones ordinarias y la convocatoria a extraordinarias

104. — El inc. 9º del art. 99 otorga al presidente la facultad de *prorrogar* las sesiones ordinarias del congreso —que, como hemos visto ya, no impide al propio congreso disponerla por sí mismo (o sea se trata de un facultad *concurrente*)—.

También *convoca* a sesiones *extraordinarias* cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera. Esta sí es una facultad *privativa* del poder ejecutivo.

Remitimos al cap. XXXII, nºs. 9 y 10.

La "ausencia" de presidente

105. — Según el inc. 18 el presidente puede ausentarse del país con permiso del congreso.

En receso del congreso sólo puede ausentarse sin licencia por razones justificadas de servicio público.

Ver cap. XXXVII, nºs. 43/44.

La renuncia del presidente

106. — El art. 99 no habla de la renuncia del presidente. Pero el art. 75 en su inc. 21 prevé entre las facultades del congreso, la de admitir o desechar los *"motivos"* de su *dimisión* (y de la del vicepresidente). La renuncia presidencial es un acto *personalísimo* e indelegable, que se cumple *sin refrendo* ministerial —aunque la constitución tampoco dice nada al respecto—. Pero como la norma consigna que el congreso admite o desecha los "motivos" de la dimisión, parece que la renuncia debe ser *fundada.*

Si el congreso está en receso, creemos que la renuncia del presidente configura uno de los casos de grave interés que validan la inmediata convocatoria a sesiones extraordinarias.

IX. EL INDULTO

Su concepto

107. — El inc. 5º del art. 99 contiene la facultad del indulto y de la conmutación. Dice la norma que el presidente puede indultar o conmutar *penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal,* previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la cámara de diputados. El indulto es conceptuado como el *perdón absoluto de la pena* ya impuesta; y la conmutación, como el *cambio* de una pena mayor por otra menor.

La oportunidad de concederlo

108. — No cabe duda de que el indulto no puede concederse *antes,* sino *después* de la comisión del delito, porque *se indulta la "pena"* adjudicada al delito; además, indultar antes de perpetrado el hecho criminoso sería dispensar del cumplimiento de la ley. ¿Pero qué se entiende por "después" de cometido? ¿Puede indultarse *"antes" de iniciado el proceso judicial*? ¿Puede indultarse *"durante" el proceso*? ¿O debe haber recaído ya *sentencia condenatoria firme*?

Interpretamos que es menester no sólo la existencia de un *proceso,* sino la *sentencia firme* imponiendo una *pena,* porque la pena que se indulta no es la que con carácter general atribuye la norma penal a un hecho tipificado como delito, sino la que un juez ha individualizado en una sentencia, aplicándola a un *reo.* O sea que el indulto presidencial sólo puede recaer "después de la condena", y nunca antes.

Por otra parte, el indulto anticipado viola el derecho de toda persona —aun procesada— a la presunción de su inocencia hasta ser convicto de delito por sentencia firme de juez competente.

109. — Concurren otros argumentos para descartar la viabilidad constitucional del indulto a procesados. Así, cabe decir enunciativamente que la paralización del proceso penal por el indulto anticipado es claramente violatoria de la tajante prohibición que el art. 109 dirige al presidente de la república impidiéndole ejercer facultades judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas, lo que refracta la paralela lesión a la división de poderes y a la zona de reserva del poder judicial.

Asimismo, y una vez que afianzamos la noción de que las víctimas de un delito invisten, doblemente, un derecho a la jurisdicción y la consiguiente legitimación procesal para intervenir en el proceso penal respectivo, es congruente opinar que el corte a su tramitación por efecto del indulto al imputado por el delito que las ha damnificado, resulta violatorio de ese mismo derecho a la jurisdicción.

En tal sentido, el informe nº 28 del 2 de octubre de 1992 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el decreto 1002/92 (declarado constitucional por nuestra Corte pocos días después de dicho informe, en el caso "Aquino Mercedes", del 14 de octubre) es incompatible con normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del Pacto de San José de Costa Rica, por lesión al derecho de acceso a la justicia y del derecho a la protección judicial, y por incumplimiento de la obligación asumida por nuestro estado para hacer efectivos los derechos reconocidos en el citado pacto.

La Corte Suprema sostuvo, en un principio, que el indulto no puede disponerse antes de la condena, en beneficio del procesado. Años más tarde, varió su criterio para afirmar que el indulto también puede dispensarse al procesado, y, por fin, retomó su posición originaria, limitando la viabilidad del indulto al caso del condenado.

En 1992, por sentencia del 14 de octubre en el caso "Aquino Mercedes", la Corte rechazó la impugnación de inconstitucionalidad articulada contra indultos a procesados dispuestos por decreto 1002/89.

110. — El *informe previo* del tribunal correspondiente no es vinculatorio para el poder ejecutivo. Aunque el tribunal opine que no procede el indulto, el presidente puede concederlo. El aludido informe puede "aconsejar", pero su verdadero sentido no consiste tanto en asesorar al presidente sobre el ejercicio de su facultad de indultar, sino en proporcionarle los *antecedentes del caso* (circunstancias del delito, personalidad del condenado, pruebas obrantes en el juicio y, sobre todo, la sentencia).

111. — El indulto es un acto de neta y clara *naturaleza política*, y no —como algunos sostienen— jurisdiccional. El poder ejecutivo no cumple función de administrar justicia (que ya ejerció el tribunal que condenó), sino que concede una "gracia", y esta prerrogativa presidencial es propia de su actividad política.

Al igual que el congreso al disponer una amnistía, el poder ejecutivo debe actuar *éticamente* y por notorias razones de equidad cuando dispensa un indulto.

El indulto es facultad privativa del presidente, cuyo ejercicio no puede transferir ("imputar") a ningún funcionario.

112. — El indulto que, como hemos dejado esclarecido, sólo puede recaer a favor de una persona bien determinada cuya condena penal ha quedado firme judicialmente, extravía su sentido de medida beneficiosa para el condenado cuando en un decreto "sábana" se indulta a un número elevado de personas. De ser así, se está disfrazando con el ropaje del indulto un ejercicio de competencias que, como la de amnistiar, no pertenece al presidente de la república sino al congreso.

Los casos en que no procede

113. — El indulto no procede en caso de *juicio político*. Quiere decir que la destitución (y la inhabilitación, si la hay) dispuestas por el senado, o por el jurado de enjuiciamiento, no pueden ser objeto de indulto. Si por el hecho que sirvió de causa al juicio político y que motivó la destitución, se aplica luego una condena de derecho común en sede judicial, esa pena sí puede ser indultada.

Aunque la constitución guarde silencio, creemos que tampoco pueden indultarse las penas aplicadas judicialmente por delitos que *define* la misma *constitución* en los arts. 15, 22, 29, 36 y 119. De evidente lógica parece, asimismo, que el presidente no podría indultarse a sí mismo.

El indulto en jurisdicción provincial

114. — El indulto presidencial se limita a penas impuestas por tribunales *federales;* o sea, no alcanza a las impuestas por tribunales provinciales.

Las constituciones provinciales pueden conceder a los gobernadores la facultad de indultar delitos por los cuales exista sentencia condenatoria dictada por tribunales de la provincia de que se trate. (En cambio, la amnistía nunca puede ser dispuesta por las provincias). El indulto es una competencia *paralela* a la de "juzgar" un delito y, por ende, si el juicio cae en jurisdicción local, esa misma jurisdicción incluye la facultad del poder ejecutivo provincial de indultar la condena impuesta a ese delito por un tribunal provincial.

X. LAS RELACIONES INTERNACIONALES

La conducción de las relaciones exteriores y la representación internacional del estado

115. — El presidente como jefe del estado asume la *representación*

del estado como persona jurídica en el ámbito *internacional*. Aunque muchas de las facultades en orden a las relaciones exteriores las ejerce en concurrencia con el congreso, el poder ejecutivo *conduce* esas relaciones. No parece dudoso, pues, que el presidente *monopoliza* la facultad de vincularse con los gobiernos extranjeros.

El poder ejecutivo, asimismo, reconoce a los estados y gobiernos extranjeros, y según el inc. 11 del art. 99 también recibe los ministros y admite los cónsules de los estados extranjeros.

Los tratados

116. — El inc. 11 del art. 99 dispone que el presidente *concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones* requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras. Según el art. 75 inc. 22 el *congreso* los *aprueba* o los *desecha*. Cuando el congreso los aprueba, el *poder ejecutivo* tiene *competencia para ratificarlos* en sede internacional.

Remisiones

117. — Para las etapas de *formación* de los tratados, ver Tomo I, cap. I, nº 35;

Para la *denuncia* de los tratados, ver Tomo II, cap. XXIX, nos. 11 a 13;

Para las *reservas*, ver Tomo II, cap. XXIX, nº 9;

Para la *prórroga* de los tratados, ver Tomo II, cap. XXIX, nº 16.

La ratificación de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional

118. — Cuando el congreso asigna jerarquía constitucional a un tratado de derechos humanos que ya se halla incorporado a nuestro derecho interno (o sea, que ya fue aprobado por el congreso y ratificado en su momento por el poder ejecutivo), no corresponde una nueva ratificación internacional, ya que el efecto de aquella jerarquía constitucional es propio exclusivamente de nuestro derecho interno.

Cuando el congreso atribuye dicha jerarquía a un tratado que todavía no ha ingresado al derecho interno (o sea, que no ha sido ratificado en sede internacional por el poder ejecutivo), es menester aguardar tal ratificación para que ingrese al derecho interno y para que dentro de su ordenamiento revista el mismo nivel de la constitución.

XI. LOS PODERES MILITARES

119. — Remitimos al cap. XL.

XII. EL ESTADO DE SITIO

120. — El inc. 16 del art. 99 prevé la declaración del estado de sitio por el presidente de la república, con *acuerdo del senado,* en caso de *ataque exterior* y por un término limitado. En caso de conmoción interior, añade la norma, sólo tiene la facultad de declarar el estado de sitio cuando el congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo.

Para el tema de las facultades del poder ejecutivo durante el estado de sitio y de los efectos que produce, remitimos al cap. XXV, acápite III.

XIII. LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

La actividad "política" del poder ejecutivo

121. — Así como vimos nucleado en el centro de la competencia del poder ejecutivo el ejercicio de la función administrativa como diferente de la actividad política en sentido estricto, ahora debemos dedicar una referencia a dicha actividad genuinamente política, que da lugar a los "actos *políticos*", denominados —cuando los cumple el *presidente* de la república— *"actos de gobierno"* (porque hay otros actos políticos que cumple el congreso, y que en nuestro régimen no se llaman actos de gobierno).

Son ejemplo de actos de gobierno: a) la iniciativa de las leyes, su promulgación y su veto; b) la apertura del período de sesiones del congreso, su prórroga, y la convocatoria a sesiones extraordinarias; c) todos los que hacen a las relaciones internacionales, incluyendo la conclusión y ratificación de tratados; d) todos los que hacen uso de los poderes militares y de guerra; e) la declaración de guerra y del estado de sitio, y el ejercicio de las facultades que durante los mismos se efectúa; f) el indulto y la conmutación de penas; g) el nombramiento (y la remoción, en su caso) de todos los funcionarios que requieren acuerdo del senado, del jefe de gabinete y de los ministros (el de los demás empleados de la administración es acto administrativo); h) la expulsión de extranjeros; i) la intervención federal (cuando la dispone el poder ejecutivo), etc.

El acto "institucional"

122. — No obstante que, por ahora, mantenemos como categoría genérica la del "acto *político*" y dentro de él la del "acto de *gobierno*", nos parece relevante aceptar dentro de ella un tipo específico de acto que se vincula directamente con la *organización y subsistencia del estado,* o sea, que se localiza inmediatamente en el derecho constitucional del poder y traduce relaciones interórganos o intraórganos sin ninguna relación directa e inmediata con los particulares. A ese

tipo de acto le deparamos la denominación asignada por Marienhoff, "de acto *institucional*"; pero lo seguimos considerando como una clase de *acto político* —el más elevado, por cierto, como que afecta a la organización estatal misma—.

Se incluye entre los actos institucionales, a los siguientes: a) declaración de guerra; b) celebración de tratados y concordatos, negociaciones con organismos internacionales; c) intervención federal; d) declaración de estado de sitio; e) nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia; f) actos que concretan las relaciones del ejecutivo con el parlamento —citación para iniciar el período ordinario de sesiones, prórroga, convocatoria a extraordinaria, promulgación y veto de proyectos de leyes—, etc.

La intervención federal

123. — El inc. 20 del art. 99 faculta al presidente a decretar la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires durante el receso del congreso, y lo debe convocar simultáneamente.

Remitimos al cap. XXXIV, acápite XV.

Apéndice al capítulo XXXVIII

CORRELACION ENTRE EL ANTERIOR ARTICULO 86 Y EL ARTICULO 99 ACTUAL

Artículo 86	**Artículo 99**
Inc. 1º	*Reformado*
Inc. 2º	*Sin reformar*
	Inc. 3º: *nuevo*
Inc. 3º	*Suprimido*
Inc. 4º	Pasa *con reforma* a integrar el 3º *nuevo*
Inc. 5º	Pasa a ser 4º, *reformado*
Inc. 6º	Pasa a ser 5º, *sin reforma*
Inc. 7º	Pasa a ser 6º, *reformado*
Inc. 8º	*Suprimido*
Inc. 9º	*Suprimido*
Inc. 10	Pasa a ser 7º, *reformado*
Inc. 11	Pasa a ser 8º, *reformado*
Inc. 12	Pasa a ser 9º, *sin reforma*
Inc. 13	Pasa a ser 10, *reformado*
Inc. 14	Pasa a ser 11, *reformado*
Inc. 15	Pasa a ser 12, *reformado*
Inc. 16	Pasa a ser 13, *reformado*
Inc. 17	Pasa a ser 14, *reformado*
Inc. 18	Pasa a ser 15, *reformado*
Inc. 19	Pasa a ser 16, *sin reforma*

Inc. 20	Pasa a ser 17, *reformado*
Inc. 21	Pasa a ser 18, *reformado*
Inc. 22	Pasa a ser 19, *reformado*
	Inc. 20: *nuevo*

ARTICULO 99 ACTUAL

Inc. 1º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 1º del art. 86)
Inc. 2º	*Mantiene* el anterior inc. 2º del art. 86
Inc. 3º	*Nuevo* (corresponde parcialmente al anterior inc. 4º del art. 86)
Inc. 4º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 5º del art. 86)
Inc. 5º	*Mantiene* el anterior inc. 6º del art. 86
Inc. 6º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 7º del art. 86)
Inc. 7º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 10 del art. 86)
Inc. 8º	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 11 del art. 86)
Inc. 9º	*Mantiene* el anterior inc. 12 del art. 86
Inc. 10	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 13 del art. 86)
Inc. 11	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 14 del art. 86)
Inc. 12	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 15 del art. 86)
Inc. 13	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 16 del art. 86)
Inc. 14	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 17 del art. 86)
Inc. 15	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 18 del art. 86)

Inc. 16	*Mantiene* el anterior inc. 19 del art. 86
Inc. 17	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 20 del art. 86)
Inc. 18	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 21 del art. 86)
Inc. 19	*Reformado* (corresponde al anterior inc. 20 del art. 86)
Inc. 20	*Nuevo*

CAPÍTULO XXXIX

LOS ORGANOS DEPENDIENTES DEL PODER EJECUTIVO

I. LA FISONOMÍA GENERAL. - II. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS. - Las competencias del jefe de gabinete. - La relación con el congreso. - *Nuestra valoración.* - III. EL MINISTERIO. - El jefe de gabinete y el ministerio. - Organo colegiado y complejo - La ley de ministerios. - El nombramiento y la remoción. - La competencia ministerial. - *La responsabilidad ministerial.* - *Las incompatibilidades.* - Las relaciones del ministerio con el congreso. - *Las inmunidades y los privilegios ministeriales.* - Las secretarías de estado. - La relación del jefe de gabinete con los ministros. - IV. OTROS ORGANISMOS. - V. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS ADMINISTRADOS. - El por qué del tema. - El "procedimiento" administrativo. - *Los principios que rigen el procedimiento administrativo.* - *Los recursos administrativos.* - La extinción de los actos administrativos. - *La inmutabilidad del acto administrativo que genera derechos subjetivos.* - *La "cosa juzgada" administrativa.*

I. LA FISONOMIA GENERAL

1. — Al ser el poder ejecutivo —conforme a nuestra interpretación— un *órgano unipersonal* que es portado únicamente por el *presidente de la república,* todo el vasto tejido de competencias, funciones y actividades que debe cumplir constitucionalmente, o que dependen de él, extiende una serie de órganos extrapoderes y de organismos administrativos que hacen de infraestructura.

Desde siempre, nuestro derecho constitucional del poder incorporó a esa estructura auxiliar del poder ejecutivo un *ministerio,* que es *órgano extrapoderes* porque no integra ninguno de los poderes de la clásica tríada, sino que se acopla al ejecutivo sin formar parte de él.

Actualmente, el panorama exhibe cambios, en buena parte porque la reforma de 1994 incorporó al *jefe de gabinete de ministros.*

2. — Existe, asimismo, un funcionario —el *Procurador del Tesoro*— que tiene a su cargo el asesoramiento jurídico del presidente,

y que encabeza una repartición —la Procuración del Tesoro de la Nación—, hoy regulada por ley 24.667 de 1996, que en su art. 2º la define como "un organismo desconcentrado del poder ejecutivo nacional, cuya estructura administrativa y presupuesto están contenidos en la estructura y presupuesto del ministerio de justicia de la nación".

El Procurador del Tesoro depende directamente del presidente y tiene jerarquía equivalente a las de los ministros; ejerce sus competencias con independencia técnica según el art. 1º de la ley citada, en tanto los Subprocuradores del Tesoro tienen jerarquía equivalente a la de los secretarios del poder ejecutivo.

Los funcionarios y empleados de la Procuración del Tesoro tienen relación jerárquica y dependencia funcional con el Procurador.

3. — Para las diversificaciones posibles en la *administración* que tiene *jefatura* en el poder ejecutivo, pero cuyo *ejercicio* incumbe al jefe de gabinete, remitimos al cap. XXXVIII, nºs 3, 6, 7, 11 y 12. Asimismo, cap. XXXVIII, nºs 13, 15 y 16.

II. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

4. — Con la *reforma de 1994* ha aparecido el jefe de gabinete de ministros que, sin ser un primer ministro, ha recibido competencias especiales y diferentes a las genéricas ministeriales en el art. 100.

En las necesaria intersecciones entre el *poder ejecutivo* (presidente de la república) y el *jefe de gabinete,* ya hemos adelantado algunas nociones (ver cap. XXXVII, nº 10; cap. XXXVIII, nºs 3 c, 6, 7, 11 y 12).

Las competencias del jefe de gabinete

5. — Procurando reagrupar sus competencias, en especial a tenor del art. 100, podemos intentar una rápida clasificación:

a) *Expedición de actos y reglamentos necesarios para:*

a') ejercer las facultades que le acuerda el *art. 100,* y

a") las que *le delegue el presidente;* todo ello conforme al inc. 2º;

b) *Ejercicio* (directo) de las funciones y atribuciones que *le delegue el presidente,* según el inc. 4º;

c) Resolución, en acuerdo de gabinete, sobre materias que *le indique el poder ejecutivo,* y

c') resolución por decisión propia en las *materias* que estime *necesario* por su importancia en el ámbito de su competencia; todo ello conforme al inc. 4º;

d) *Nombramiento* de empleados de la administración, con excepción de los que correspondan al presidente;

e) Coordinación, preparación y convocatoria de las *reuniones de gabinete* de ministros, y

e') *presidencia* de las mismas en ausencia del presidente; todo ello conforme al inc. 5º;

f) *Remisión al congreso* de los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto, una vez que se han tratado en acuerdo de gabinete y han sido aprobados por el poder ejecutivo; todo ello conforme al inc. 6º;

g) Hacer recaudar las *rentas* del estado y *ejecutar* la ley de presupuesto, según el inc. 7º;

h) Concurrir a las *sesiones del congreso* y participar, sin voto, en sus debates, según el inc. 9º, y

h') producir los *informes* y explicaciones verbales o escritos que sean solicitados por cualquiera de las cámaras al poder ejecutivo, según el inc. 11;

h") presentar junto a los demás ministros, al iniciarse las sesiones ordinarias del congreso, una *memoria* detallada del estado de "la nación" en cuanto a los negocios de los respectivos departamentos, según el inc. 10;

h"') *concurrir* como mínimo una vez por mes al congreso, alternativamente a cada cámara, para *informar* sobre la marcha del gobierno, conforme al art. 101;

i) Tomar *intervención* en el *procedimiento* inmediato al dictado de *decretos de necesidad y urgencia* para someterlos a la Comisión Bicameral Permanente, conforme al inciso 13 en relación con el art. 99, inc. 3º, y

i') en el correspondiente a *decretos de promulgación parcial de leyes,* conforme al inc. 13 en relación con el art. 80, y

i") en el correspondiente a *decretos dictados en ejercicio de facultades delegadas* por el congreso al poder ejecutivo, conforme al inc. 12 en relación con el art. 76, para control de la Comisión Bicameral Permanente;

j) *Refrendar* los decretos del poder ejecutivo:

j') que *prorrogan las sesiones ordinarias* del congreso, y

j") que *convocan a sesiones extraordinarias,* todo ello conforme al inc. 3º;

j"') que *reglamentan* leyes, según el inc. 8º;

j"") que *ejerzan facultades delegadas* por el congreso al poder ejecutivo, según el inc. 12;

j""") que se dictan por *razones de necesidad y urgencia,* según el inc. 13;

j""") que *promulgan parcialmente una ley,* según el inc. 13;

k) *Refrendar* los *mensajes del presidente* que promuevan la iniciativa legislativa, según el inc. 8º.

6. — Para el *"ejercicio" de la administración* por el jefe de gabinete, sin la "titularidad", ver cap. XXXVII, nº 10; cap. XXXVIII, nºs. 6 y 7.

Para las *facultades "privativas"*, ver cap. XXXVII, nº 13.

Para el *poder reglamentario* y su relación con el poder ejecutivo, ver cap. XXXVII, nº 12, y cap. XXXVIII, nºs. 27 y 29.

Para la *"delegación" de facultades* por el poder ejecutivo, ver cap. XXXVII, nº 14.

Para el *refrendo*, ver cap. XXXVII, nºs. 16 y 17.

Para los *nombramientos*, ver nº 7.

7. — El ejercicio de la administración general en relación con los *nombramientos* exige coordinarse con las facultades que el art. 99 atribuye al presidente de la república. El inc. 7º de dicho art. 99 torna difícil la distribución cuando se lo enlaza con el art. 100 inc. 3º, pero procurando conciliar ambas normativas, parece que al jefe de gabinete le corresponde toda la serie de designaciones del personal de la administración en todos sus niveles —jerarquizados y comunes—, con las excepciones siguientes:

a) no puede nombrar a los "oficiales superiores" de la "secretaría" de la presidencia (a que alude el art. 99 inc. 7º), que son los que integran la unidad administrativa propia del presidente;

b) tampoco efectuar nombramientos y ascensos en las fuerzas armadas;

c) tampoco los de miembros del cuerpo diplomático y consular;

d) ni —por supuesto— reemplazar al presidente en los nombramientos que, con acuerdo del senado, recaen en los jueces federales.

Remitimos al cap. XXXVIII, nº 94.

8. — Si se enfocan las facultades que conectan con el *congreso* al poder ejecutivo y al jefe de gabinete, cabe señalar las que en el nº 5 vienen citadas en los incisos f, h, h', h", h"', i, i', i", todos los subincisos del inc. j, y el inc. k.

La relación con el congreso

9. — Si examinamos cuál es la situación del jefe de gabinete en la *relación interórganos "poder ejecutivo-congreso"*, se nos aparece la facultad de cada cámara para *interpelar* (a efectos de tratar una moción de censura) al *jefe de gabinete*, y para *removerlo* con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de ellas, todo conforme al art. 101.

10. — El art. 101 de la constitución obliga —además— al jefe de gabinete a *concurrir al congreso* al menos *una vez por mes*, alternativamente a cada una de sus cámaras.

El objetivo de esa asistencia consiste en "informar" a los legisladores sobre la marcha del gobierno.

La norma añade que tal *asistencia obligatoria* no obsta a lo dispuesto en el art. 71, conforme al cual cada cámara puede solicitar la comparecencia de los ministros —por ende, la del jefe de gabinete— a los efectos de que rindan explicaciones e informes.

Hasta aquí, no solamente por el sentido del deber informativo de concurrencia al congreso, sino por la remisión que el art. 101 hace al art. 71, entendemos que ese deber se cumple y se agota en la información acerca de la marcha del gobierno.

Quiere decir que, al igual que en la interpretación que siempre se dio al actual art. 71 antes de la reforma de 1994, las *cámaras* pueden expresar *conformidad* o *disconformidad* sobre el informe que reciben, pero carecen de toda otra competencia, de forma que una expresión adversa de aquéllas no tiene efecto vinculante, ni para el jefe de gabinete, ni para el poder ejecutivo —presidente de la república—.

11. — Ha de tenerse en cuenta que el mismo art. 101, después del párrafo hasta aquí explicado, prosigue con un alcance diferente.

a) Por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de *cualquiera de las cámaras* puede *interpelarse* al jefe de gabinete; cada cámara, separadamente de la otra, inviste esta facultad, que la norma denomina "interpelación", y que posee como objetivo el

tratamiento de una *moción de censura;*

b) Por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de *cada una de las cámaras* (o sea, de ambas) el jefe de gabinete puede ser *removido* de su cargo; aquí hace falta la coincidencia de las dos cámaras en la remoción, con el quorum de votos indicado.

12. — De los dos incisos precedentes surge una interpretación posible, que formulamos de la siguiente manera:

a) Para tratar una moción de censura como *etapa previa* a la remoción del jefe de gabinete es menester que cualquiera de las cámaras alcance a votar favorablemente la interpelación ante sí, con el voto de la mayoría absoluta —computada sobre la totalidad de miembros que la componen—.

b) Si una sola cámara logra, con ese quorum de votos, interpelar al jefe de gabinete y censurarlo, su voto de censura no surte efecto destitutorio, porque la remoción precisa *decisión concordante de las dos cámaras.* En cambio, si la interpelación y el recíproco *voto de censura* se producen en *las dos cámaras,* la remoción se opera cuando ambas así lo resuelven por mayoría absoluta de sus miembros.

13. — Estaríamos así ante un *desdoblamiento procedimental,* porque no sería factible remover si antes no se ha votado una moción de censura en cada cámara; cuando tal moción proviene solamente de una, y no de las dos, ese voto de censura —que es parcial— no puede derivar a la ulterior remoción.

La censura de una sola cámara —preparatoria de la eventual remoción si se obtiene también similar censura de la otra cámara— sólo significaría una desaprobación de la gestión a cargo del jefe de gabinete, más intensa que la simple expresión de disconformidad que cabe después de recibido el informe obligatorio previsto en la parte primera del art. 101, o del impuesto por el art. 71. Pero tampoco produce efecto vinculante.

En síntesis, la remoción sólo es viable cuando la ha precedido un voto de censura conjunto de ambas cámaras, y cuando a continuación también las dos coinciden en la sanción destitutoria.

Reconocemos que esta segunda parte —bifurcada— del art. 101 no ofrece demasiada claridad para la interpretación. Una posible es la que aquí dejamos propuesta.

14. — Para otras relaciones de mediación con el *congreso,* ver nº 8.

Nuestra valoración

15. — La intermediación del jefe de gabinete entre el poder ejecutivo y el congreso es híbrida. Por supuesto, no alcanza a asignar perfil parlamentarista al sistema, cuyo funcionamiento viene encadenado al tipo de protagonismo y de personalidad del presidente, y a la composición partidaria de las cámaras; las mayorías que responden al presidente disponen de la herramienta para hacer funcionar, o no, la moción de censura y la remoción del jefe de gabinete. Como siempre, el sistema partidario se intercala a modo de árbitro para dar operatividad, o para bloquear las normas constitucionales en la materia que, por lo demás, dijimos ya que eran bastante ambiguas.

Remitimos al cap. XXXVII, nºs. 8 a 16, 18 y 20/21.

III. EL MINISTERIO

El jefe de gabinete y el ministerio

16. — Después de la reforma de 1994, la constitución menciona separadamente al jefe de gabinete y a los demás ministros secretarios de estado, además de establecer para el primero una serie detallada de competencias en los arts. 100 y 101, aparte de las genéricas que para los ministros aparecen en los arts. 102, 103, 104 y 106.

Organo colegiado y complejo

17. — Hablar del ministerio exige preguntarse si con esa palabra designamos a la totalidad de los ministros, o a cada uno de ellos separadamente. Y nos parece que con el término mentamos las dos cosas: el *"conjunto"*, y *"cada uno"* de sus componentes. El ministerio es un órgano de rango constitucional, *colegiado* y *complejo;* no hay "primer ministro" al estilo de la forma parlamentaria de gobierno, aunque con la reforma de 1994 el jefe de gabinete exige el esfuerzo de analizar si por sus funciones reviste superioridad jerárquica respecto del resto de los ministros (ver nº 27).

Como *órgano colegiado y complejo,* el ministerio actúa junto al poder ejecutivo —presidente de la república— en dos tipos de relaciones:

a) mediante el *refrendo,* que puede ser múltiple, o no; hay ahora normas que prevén el del jefe de gabinete (por ej., art. 100, incisos 8º y 12), y otras el de éste en conjunto con los demás ministros (art. 100, inc. 13);

b) mediante las *reuniones de gabinete,* ahora también previstas en el art. 100 inc. 4º, que fueron práctica constitucional cuando, antes de la reforma de 1994, no contaban con norma expresa, y que también se han denominado "acuerdo de ministros" o "acuerdo de gabinete".

También *cada ministro por sí* tiene calidad de *órgano,* tanto como jefe de su ministerio —con todo lo que un ministerio implica dentro de la administración pública— como en su relación personal con el poder ejecutivo.

El *jefe de gabinete* ostenta, asimismo, la naturaleza de *órgano.*

La ley de ministerios

18. — La *constitución* en su texto reformado en 1898 —que fue art. 87— deslindó únicamente el *número* de los ministros secretarios, fijándolos en *ocho,* y derivando a la *ley* establecer el respectivo despacho de cada uno. En cambio, el texto de 1853 establecía cinco, y *decía cuáles eran.*

La *reforma de 1994* prescribe en su art. 100 que el *número* y la *competencia* de los ministros serán establecidos por una ley especial.

La ley de ministerios es, por su naturaleza o contenido, una ley de carácter materialmente *constitucional.*

El congreso tiene competencia para dictar la ley de ministerios con el alcance de fijar el número y repartir entre los órganos ministeriales la competencia que les corresponde por materia, pero esa ley del congreso no puede invadir la zona de reserva del poder ejecutivo y de la administración pública que depende de él.

La relación del presidente con los ministros deriva directamente de la constitución, y no es competencia del congreso interferirla ni condicionarla; la ley de ministerios —por ej.— no tiene por qué autorizar al presidente a imputar funciones a los ministros, porque tal imputación de funciones la puede efectuar el presidente sin regulación legal alguna. Si por un lado, pues, la facultad del congreso de dictar la ley de ministerios no alcanza para reglar aspectos y cuestiones que incumben a la zona de reserva del ejecutivo, la cláusula de los poderes implícitos del art. 75 inc. 32 tampoco sirve de fundamento a esos efectos, porque la legislación que cabe dictar de acuerdo a dicha norma lo es "para poner en ejercicio" los poderes concedidos por la constitución al gobierno federal, pero no para lesionar la división de poderes que en la propia constitución ha efectuado el deslinde de las competencias a favor de cada órgano.

Después de la reforma de 1994 no se reformó la anterior ley de

ministerios, habiéndose dictado, en su lugar, el *decreto 977* del 6 de julio de 1995 (ver cap. XXXVIII, nº 12).

El nombramiento y la remoción

19. — Tanto el jefe de gabinete como los demás ministros son *nombrados y removidos por el presidente* (art. 99 inc. 7º). Todos son, asimismo, susceptibles de ser destituidos mediante *juicio político* (acusación por la cámara de diputados y juzgamiento por el senado, conforme a los arts. 53 y 59).

El *jefe de gabinete,* además, puede ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras del congreso (art. 101).

Esto último atisba una tímida dependencia del jefe de gabinete respecto de la confianza del congreso, pero ¿qué ocurriría si, después de destituido, fuera designado nuevamente jefe de gabinete por el presidente?

La competencia ministerial

20. — Frente al *poder ejecutivo,* cuyos actos refrendan, se acentúa el carácter *político* de los ministros. Frente a sus respectivos *ministerios,* prevalece el aspecto *administrativo:* tienen la jefatura, dirección, control y superintendencia de las oficinas, dictan circulares e instrucciones, y manejan el régimen económico-financiero de sus departamentos.

El art. 103 dispone que no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivo departamentos. De todo ello se deduce que los ministros, que carecen de competencia para reglamentar las leyes, tampoco pueden suplir la ausencia de disposiciones reglamentarias con resoluciones.

Para el *jefe de gabinete,* remitimos a los nºs. 4 a 7, y 27.

21. — El presidente puede hacer "imputación de funciones" propias del poder ejecutivo a favor de los ministros, siempre que no transfiera las que son de carácter personalísimo.

El derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que el viejo art. 89, que subsiste como art. 103, no obsta a que los ministros ejerzan atribuciones que pueden ser válidamente "delegadas" por el presidente de la república, sin perjuicio de la facultad presidencial para dejar sin efecto, modificar o convalidar los actos de los subordinados jerárquicos a quienes se ha conferido el ejercicio de esas facultades "delegadas". (En rigor, no cabe acá hablar de "delegación" sino de "imputación de funciones".)

Para la llamada "delegación" de funciones y atribuciones que el presidente

puede hacer al jefe de gabinete (art. 100 inc. 4º) y los actos y reglamentos que puede expedir el jefe de gabinete para ejercer facultades delegadas por el presidente (art. 100 inc. 2º), remitimos al cap. XXXVII, nº 14.

La responsabilidad ministerial

22. — El art. 102 dispone que cada ministro *es responsable* de los actos que legaliza; y *solidariamente* de los que acuerda con sus colegas. Esta norma viene a disipar una posible duda: siendo el acto refrendado por el ministro un acto del presidente de la república, podría pensarse que el ministro estuviera exento de responsabilidad, la que recaería únicamente en el presidente. Y no es así, porque como lo aclaraba el antecedente de la disposición en la constitución de 1826: "en los casos de responsabilidad, los ministros no quedarán exentos de ella por la concurrencia de la firma o consentimiento del presidente de la república".

El mismo artículo da pie para sostener que queda previsto el refrendo por *más de un ministro,* ya que habla de los actos que cada uno acuerda con sus colegas, lo que ahora viene explícito en el art. 100 inc. 13.

Las incompatibilidades

23. — El jefe de gabinete no puede desempeñar a la vez otro ministerio (art. 100 in fine). Los ministros no pueden ser senadores ni diputados sin hacer dimisión de sus cargos (art. 105).

Las relaciones del ministerio con el congreso

24. — Acerca de las relaciones del ministerio con el congreso la constitución prevé tres fundamentales: a) *llamamiento* de uno o varios ministros por cada cámara para que concurran a su sala, a efectos de proporcionar explicaciones e informes (art. 71); b) *concurrencia espontánea* de los ministros a las sesiones del congreso, con participación en los debates pero sin voto (art. 106); c) *presentación* obligatoria por cada ministro de una *memoria* detallada del estado del país en lo relativo a los negocios de su departamento, luego que el congreso abre anualmente sus sesiones (art. 104).

La concurrencia de los ministros cuando son llamados por las cámaras es obligatoria. Se la conoce con el nombre de *interpelación,* por analogía con el sistema parlamentario, si bien sabemos que en nuestro derecho constitucional del poder las cámaras no pueden censurar a los ministros ni emitir votos de desconfianza, porque la permanencia (o el retiro) de los mismos no depende del respaldo congresional, sino únicamente de la confianza personal del presidente de la república (que los designa y los remueve).

Para la situación especial del *jefe de gabinete,* ver nºs. 9 a 15.

Las inmunidades y los privilegios ministeriales

25. — a) Cuando el jefe de gabinete o un ministro se encuentran en el seno de una cámara del congreso, sea por asistencia espontánea, sea por llamamiento de la misma, gozan transitoriamente de las *inmunidades* y de los *privilegios* que la constitución depara a los diputados y a los senadores.

b) La circunstancia de que puedan ser pasibles de *juicio político* significa que mientras no quedan destituidos por fallo senatorial no pueden ser juzgados criminalmente. Toda causa ante los tribunales de justicia está impedida durante el ejercicio del cargo y sólo es susceptible de trámite después de resignado el cargo (por renuncia o remoción presidencial) o después de la destitución por juicio político.

c) Según el art. 107 los ministros gozan por sus servicios de un *sueldo* establecido por la *ley*, que no puede aumentarse ni disminuirse en favor o perjuicio de los que se hallan en ejercicio.

Las secretarías de estado

26. — El art. 100 habla de "ministros *secretarios*", los que en lenguaje de la constitución formal permite que a los ministros se les llame también "secretarios". No obstante, el vocabulario se ha habituado, más bien, a reservar el nombre de "*secretario" de estado* para los funcionarios que están a cargo de una "secretaría de estado", que no tiene naturaleza ministerial.

Las secretarías y sub-secretarías no tienen ni pueden tener rango de ministerios, ni quienes las ocupan pueden equipararse a los ministros previstos en la constitución. No es que la ley —o el propio poder ejecutivo— no puedan crear secretarías y sub-secretarías de estado dentro del organigrama ministerial; pueden hacerlo, pero no pueden asimilarlas a un ministerio en cuanto al ejercicio de sus funciones. Esto quiere decir que un secretario de estado no puede, constitucionalmente, ejercer competencias propias de los ministros, por lo que es obvio que no dispone de la facultad de refrendar actos del presidente. La asignación de atribuciones ministeriales a los secretarios de estado es, pues, *inconstitucional*.

La relación del jefe de gabinete con los ministros

27. — Ahora corresponde detenerse específicamente, en especial para analizar la relación entre el jefe de gabinete y los demás ministros.

Discrepa la doctrina acerca de la relación entre el jefe de gabinete y el resto de los ministros. Un sector le reconoce al primero *una preeminencia jerárquica* sobre los otros, en tanto otro sector la niega.

En el marco de posibles opiniones, aventuramos nuestro personal enfoque de la siguiente forma:

a) El jefe de gabinete, en "ejercicio" de la *administración* (sin su titularidad, que pertenece al presidente de la república), inviste una *relativa jerarquía* respecto de los demás ministros en conjunto y de cada uno de ellos individualmente, como cabeza de todo el gabinete, pero: a') conviene situar esa relación jerárquica preeminente sólo en el ámbito de *competencias propias* del jefe de gabinete y, a") darla por *excluida* e inexistente en orden a las materias que incumben al *área sustancial de cada ministerio;* a"') no obstante que en los asuntos señalados en el subinciso a") el jefe de gabinete no puede impartir instrucciones a los ministros, siempre tiene facultad en todas las esferas ministeriales para requerirles la información necesaria a efectos de cumplir, a la vez, con la suya de producir informes y explicaciones a cada cámara del congreso según obligación impuesta por el art. 101;

b) Las competencias generales que, al abarcar a todos los ministerios, confieren al jefe de gabinete la superioridad jerárquica sobre sus titulares (ver subinciso a') son, fundamentalmente, las que atañen a la organización general y al sistema de la administración pública en su conjunto, al régimen del personal, y a los procedimientos comunes a la misma administración, a lo que ha de añadirse b') todo lo referente a la recaudación de rentas e inversiones en ejecución de la ley presupuestaria (art. 100 inc. 7º).

c) El diagrama de los incisos a) y b) permite entrever que el jefe de gabinete es instancia administrativa para decidir los *recursos jerárquicos* en la órbita de la administración abarcativa de los demás ministerios, y c') ejercer la facultad de *avocación* respecto de las cuestiones en las que tiene preeminencia jerárquica sobre los demás ministros, que hemos señalado en el inc. b).

Ver cap. XXXVIII, nº 12.

IV. OTROS ORGANISMOS

28. — Con jerarquía distinta a los ministerios, puede haber y hay otros órganos dependientes del poder ejecutivo, de creación y origen infraconstitucional.

El *poder ejecutivo* tiene competencia para crear órganos dependientes con fines de asistencia o asesoramiento técnico-administrativo para todas las cuestiones propias de su competencia, o afines con ella, y para establecer los que integran el organigrama de la administración pública de la que es titular, *inclusive erigiendo entidades autárquicas.*

El *congreso* sólo puede crear tales entidades cuando, por la competencia de

las mismas, ellas tienen paralelismo o afinidad con materias cuya regulación incumbe al mismo congreso, como es el caso de los correos, las universidades, los bancos estatales, los organismos de seguridad social, etc.

Sin el carácter de entidades autárquicas, el congreso también puede crear otros organismos auxiliares del poder ejecutivo dentro de la administración dependiente de éste, por lo que respecto de entidades administrativas no autárquicas es viable admitir, como principio, una competencia *concurrente* entre el poder ejecutivo y el congreso.

V. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LOS ADMINISTRADOS

El por qué del tema

29. — En este rubro no analizaremos ninguna estructura "orgánica" de la administración dependiente del poder ejecutivo, sino los aspectos lineales de su relación con los *administrados,* en cuanto al derecho constitucional le pertenecen los principios que presiden esa relación, y a los que luego presta regulación el derecho administrativo. Incluimos aquí, entonces, algunas nociones elementales que conviene computar cuando los órganos de la administración entran en contacto con los particulares.

El "procedimiento" administrativo

30. — Tanto quienes afirman que la administración puede desenvolver actividad jurisdiccional, como quienes lo niegan, suelen coincidir en la admisión de que la administración cumple su actividad a través de un *procedimiento,* que es el *procedimiento administrativo.* De ahí deriva la diferencia con la actividad del *poder judicial:* mientras los órganos de éste utilizan el "proceso (judicial)", la *administración* se vale del *"procedimiento".*

En tanto el "derecho procesal administrativo" se refiere a los *procesos judiciales* en que es parte la administración, el "procedimiento administrativo" (sea que se le reconozca o se le niegue naturaleza jurisdiccional) se sustancia "dentro" de la esfera de la administración y no en sede judicial.

El *procedimiento administrativo* nos interesa dentro del derecho constitucional del poder, en cuanto importa *actividad* de los órganos del poder en ejercicio de la *administración,* y en cuanto ciertos principios básicos del derecho constitucional le son aplicables, especialmente en lo referente a la participación de los particulares en aquel procedimiento.

El procedimiento administrativo procura mantener la *legalidad* y la *justicia* en el funcionamiento de la administración; por eso el procedimiento administrativo está presidido por un notorio *interés público.*

Los principios que rigen el procedimiento administrativo

31. — Entre los *principios* que lo rigen cabe destacar:

1) El de *oficialidad,* mediante el cual el procedimiento es impulsado *de oficio* por los órganos de la administración (bien que pueda iniciarse a instancia del particular en ejercicio del derecho de petición). Ello no impide que el administrado disponga en cierta medida del procedimiento, ni que la administración deje al interesado un margen de actividad privada para ofrecer y obtener las pruebas.

2) El principio de la *verdad material,* en virtud del cual la administración no queda vinculada por las pruebas que aporta el particular (como con más rigor lo está el juez en el proceso civil), sino que puede y debe ajustarse a los hechos, procurándose las pruebas aun con independencia de la actividad y voluntad del administrado.

3) El principio de *informalismo,* mediante el cual el particular puede invocar la elasticidad del procedimiento en beneficio propio, sin el rigorismo ni el formalismo del proceso judicial; pero el informalismo no rige a favor de la administración.

4) El principio del *debido proceso,* que traslada al procedimiento administrativo la garantía de la defensa en juicio. Ello presupone: a) tener noticia y conocimiento de las actuaciones; b) oportunidad de participar en el procedimiento (exponer razones, ofrecer y producir prueba, etc.); c) obtener decisión fundada.

Los recursos administrativos.

32. — El particular ha de poder impugnar en defensa propia los actos emanados de la administración. Se llaman *recursos administrativos* los medios de impugnar las decisiones de los órganos administrativos en sede *administrativa* para conseguir su reforma o su extinción. Mediante el recurso "administrativo" se controla el acto en su *oportunidad* o en su *legitimidad,* y quien lo deduce ha de invocar un *derecho* o un *interés legítimo* (para parte de la doctrina, bastaría también un interés "simple"). Con la reforma constitucional de 1994 damos por seguro que asimismo habilitan los intereses difusos, encuadrables en los "derechos de incidencia colectiva" del art. 43.

Con esto queda dicho que los recursos se dan *a favor de los*

particulares administrados, y no de la administración, y que se tramitan ante órganos *administrativos* (y no judiciales).

La decisión obtenida a través de un recurso administrativo es susceptible: a) a veces de un nuevo recurso administrativo; b) de recursos y acciones ante un *órgano judicial.*

Los recursos administrativos son vías de *control* sobre la administración, y la decisión que los resuelve tiene naturaleza *jurisdiccional* para parte de la doctrina, que compartimos.

Los recursos administrativos no requieren ley, e, incluso, son regulables sólo por *decreto* del poder ejecutivo, en cuanto se trata de ordenar el procedimiento ante órganos dependientes de él y como ejercicio de la competencia propia de la zona de *reserva de la administración.* Pero proceden también aun a falta de decreto o reglamentación puramente administrativos, y es así como la doctrina y la práctica administrativa conocen los recursos "no reglados".

33. — Advertido que los recursos administrativos se deducen, tramitan y resuelven en el ámbito de la administración a través del procedimiento administrativo, hace falta recalcar que son distintos de los *recursos y controles "externos"* que, respecto de la administración, se movilizan en *sede judicial* ante tribunales judiciales.

Cuando una cuestión de derecho administrativo es llevada ante tribunales del poder judicial, cabe hablar de *"proceso" administrativo* (y ya no de "procedimiento" administrativo). A las controversias judiciales en que la administración es parte se las suele denominar "contencioso-administrativas", y por lo expuesto se comprende que se desarrollan y deciden "fuera" de la administración (en el poder judicial).

Hay que añadir además el *control* que la reforma de 1994 encomienda al *Defensor del Pueblo* en el art. 86, y en el art. 85 al *congreso* y a la *Auditoría General de la Nación.*

La extinción de los actos administrativos

34. — Si bien una obra de derecho constitucional del poder no incluye el contenido propio del derecho administrativo, parece necesario no omitir una somera referencia a la *extinción* de tales actos, en cuanto los órganos del poder que han sido sus autores comprometen o pueden comprometer a los gobernados al retirar del mundo jurídico la actividad que han cumplido anteriormente.

Genéricamente, se llama *extinción* a ese "retiro" del acto que resuelve el órgano de la administración. La extinción puede alcanzar a cualquier acto administrativo, sea general o individual, unilateral o bilateral, reglado o discrecional, etc. Cuando el acto administrativo tiene carácter general —por ej.: reglamentos— su extinción se produce en sede administrativa por *derogación.*

Cuando tiene carácter individual o particular, la extinción se produce por *revocación en sede administrativa, y por anulación en sede jurisdiccional.*

35. — Una parte de la doctrina señala como inherente a la esencia del acto administrativo el principio de su *revocabilidad.* Otro sector estima que la revocación es lo *excepcional,* y la *irrevocabilidad* el "principio", con lo que la revocación no pertenece a la esencia del acto administrativo. Creemos que es lo cierto, porque el acto administrativo se emite para ser cumplido y no para ser dejado sin efecto.

La revocación puede disponerse por razones de *oportunidad* o conveniencia, en orden al interés público (aunque algunos autores sostienen que sólo son revocables por oportunidad los actos discrecionales, y no los reglados), o bien por razones de *legitimidad* por vicios que afectan al acto. Pero el problema que nos importa destacar es el de la *inmutabilidad* del acto administrativo que ha dado origen a *derechos en favor de los particulares.*

La inmutabilidad del acto administrativo que genera derechos subjetivos

36. — Aun la doctrina que admite el principio amplio y general de revocabilidad introduce una reserva importante a favor del acto que ha implicado "adquisición" *de derechos por los particulares.* Para ese caso, la inmutabilidad del acto administrativo se ha considerado como una *garantía* para el administrado, o sea, como una restricción contra la administración, que no puede extinguir ni alterar sus actos cuando de éstos han surgido derechos a favor del primero. Parece, entonces, que la inmutabilidad es oponible *a la administración* por el particular.

Sin embargo, la inmutabilidad juega también *a favor de la administración* "contra" el administrado, en forma tal que a veces la administración puede invocar la inmutabilidad de sus actos para negarse a retirarlos o modificarlos frente al particular que pretende su revisión después que el acto ha quedado firme.

La "cosa juzgada" administrativa

37. — La doctrina y la jurisprudencia han acuñado una expresión harto controvertida para destacar esa inmutabilidad, utilizando el vocablo y el concepto de *cosa juzgada "administrativa".*

El término "cosa juzgada" deriva del derecho procesal, en el que denota una cualidad y un efecto de la *sentencia.* Trasladado al derecho administrativo, implica

que la administración no puede extinguir por sí misma en sede administrativa ciertos actos emitidos por ella.

Aceptado que en determinados casos el acto administrativo porta el carácter de inmutable en sede administrativa, conviene agregar que esa inmutabilidad *puede ser allanada a veces en sede judicial.* Cuando el acto es inmutable en sede administrativa, pero mutable en sede judicial, se dice que produce cosa juzgada *formal* (en sede administrativa); y cuando además de ser inmutable en *sede administrativa es también inmutable en sede judicial,* se dice que produce cosa juzgada "formal" y "material".

38. — La Corte Suprema ha exigido una serie de recaudos para investir el acto administrativo de la inmutabilidad equivalente a la "cosa juzgada administrativa". Ellos son: a) que el acto sea *individual* y *concreto,* y ello porque la inmutabilidad sólo resguarda actos que crean derechos subjetivos, y no derecho objetivo (por eso, los reglamentos son derogables); b) que el acto proceda de la administración *activa;* c) que se haya emitido en uso de actividades *regladas* (quedando excluido, en consecuencia, el que deriva de facultades discrecionales); d) que del acto derive un *derecho subjetivo* a favor del particular; e) que el acto sea *regular* (y lo es, para la Corte, aunque presente ciertos vicios que no sean graves; así, son regulares los actos afectados de nulidad relativa, pero son irregulares los afectados de nulidad absoluta; se trata pues, del grado de invalidez del acto); f) que el acto cause *estado,* lo que significa que sea definitivo e insusceptible de recurso administrativo alguno.

De la jurisprudencia de la Corte se desprende que el favor de la cosa juzgada administrativa no se reconoce a actos cumplidos en uso de facultades *discrecionales,* ni a actos viciados de *nulidad absoluta,* todos los cuales pueden ser extinguidos por la administración en sede *administrativa.*

Este lineamiento fue objeto de retoques en el caso "Villegas Andrés W.", fallado por la Corte el 8 de agosto de 1974. En él dijo que: a) sólo puede hablarse de "cosa juzgada" en relación con la actividad *jurisdiccional* de la administración, y *no* cuando la administración cumple actos "de ejecución" (en el caso la Corte entendió que el acto de otorgamiento de una *jubilación* era de ejecución y no jurisdiccional y que, por ende, no tenía la fuerza de la cosa juzgada); b) el principio de la "cosa juzgada *administrativa*" no es absoluto ni tiene carácter de irrevocabilidad definitiva; c) el poder administrador puede volver sobre lo ya "juzgado" por él cuando se trata de *corregir sus propios errores* y lo que revisa no perjudica derechos de los particulares (diríamos nosotros que puede revisar para *beneficiar,* pero no para perjudicar esos derechos).

39. — A la jurisprudencia tradicional de la Corte le formulamos cierta crítica.

En primer lugar, por el mero hecho de que un acto sea discrecional, no nos parece que sea revocable. En segundo lugar, la nulidad absoluta tampoco parece suficiente para su revocabilidad; creemos, más bien, que esa nulidad permite ser demandada judicialmente por la administración en cualquier tiempo, por ser imprescriptible.

En resumen, nuestro criterio es el siguiente: a) en caso de "nulidad *absoluta*", hay cosa juzgada administrativa (formal), pero la nulidad puede declararse *judicialmente* sin prescripción de la acción (no hay cosa juzgada material); dicho en otros términos, hay *inmutabilidad* en sede *administrativa* y *mutabilidad* en sede *judicial;* b) en caso de "nulidad *relativa*", hay también cosa juzgada administrativa (formal), pero la nulidad puede declararse judicialmente dentro del plazo de dos años (por aplicación del art. 4030 del código civil), o sea hay *inmutabilidad* en sede *administrativa* (lo que en este caso parece admitirse unánimemente), y *mutabilidad* por *dos años* en *sede judicial.*

CAPÍTULO XL

EL "PODER" MILITAR

I. LAS FUERZAS ARMADAS. - El "órgano castrense". - "Poder militar" y "poder civil". - La abolición del fuero militar como fuero "personal". - La "defensa nacional" y la "seguridad interior". - II. LOS "PODERES MILITARES" DEL CONGRESO. - A) En caso de guerra. - B) Sobre las fuerzas armadas. - La jurisdicción militar. - III. LOS "PODERES MILITARES" DEL PRESIDENTE. - Su concepto. - El poder disciplinario. - La naturaleza de los actos en ejecución de los poderes militares. - IV. LA JURISDICCIÓN MILITAR PENAL Y LOS TRIBUNALES MILITARES. - El fuero militar como fuero real. - El artículo 75 inciso 27. - La competencia "potestativa" para crear tribunales militares. - Los delitos "militares". - La naturaleza de los tribunales militares. - La revisión judicial. - La naturaleza "federal" del código militar. - La coordinación entre la jurisdicción militar penal y el art. 116. - V. LA JURISDICCIÓN MILITAR Y LOS CIVILES. - La sujeción de civiles a los tribunales militares. - El deber militar de los civiles.

I. LAS FUERZAS ARMADAS

El "órgano castrense"

1. — Doctrinariamente, se plantea una interesante cuestión en torno de la cual tomar partido: o las fuerzas armadas son *"órganos estatales"*, o son meramente *"sujetos auxiliares* del estado" *sin calidad de órganos*. En nuestro derecho constitucional no se ha trabajado la opción, bien que sin confrontar demasiado una postura con la otra hay tendencia a ubicar a las fuerzas armadas en la categoría de *órganos:* "órgano *castrense*"; y así suele aparecer en las obras de derecho administrativo.

Creemos seria esta posición. Pero veamos antes qué argumentos principales se han dado en su apoyo.

En primer lugar, se dice que son órganos estatales porque con ellos se organiza la *defensa* a que alude el preámbulo y el art. 21 de la constitución. No juzgamos acertado atribuir a las fuerzas armadas el carácter de órganos solamente por la "finalidad" defensiva que invisten, porque si tal finalidad cuadra dentro de la competencia del estado, no necesariamente quien cumple dicha finalidad debe ser o es un órgano estatal; bien podría ser un mero "sujeto

auxiliar"; así, los partidos y el cuerpo electoral cumplen la finalidad de proveer de gobernantes al poder, y ni unos ni otro son órganos.

En segundo lugar, que los órganos de poder intervengan en la provisión de empleos militares tampoco alcanza para fundar la calidad del supuesto órgano castrense. Hasta el Acuerdo con la Santa Sede de 1966 también aquellos órganos intervenían en la provisión de obispos para las iglesias catedrales mediante el patronato, y es bien ponderada la tesis —por nosotros admitida— de que era totalmente impropio hablar de "órganos" eclesiásticos, porque la Iglesia Católica nunca fue —ni es— una persona estatal con carácter de órgano.

En tercer lugar, las competencias reguladoras del congreso sobre las fuerzas armadas no son indicio de que éstas poseen naturaleza de órganos estatales, porque el congreso regula muchas instituciones que no lo son (asociaciones sindicales y de todo tipo, partidos, etc.).

En cambio, la *jefatura* que la constitución atribuye al *poder ejecutivo* sobre las fuerzas armadas parece incardinar a éstas en el ámbito de los órganos estatales dependientes del presidente de la república, y lo más probable es que, reconocida la naturaleza de "órganos castrenses", éstos deban incluirse en el rubro de los *órganos "extrapoderes"*.

"Poder militar" y "poder civil"

2. — No es propio de esta obra incursionar en el tema de la relación entre el llamado "poder militar" (o la fuerza armada), y el "poder civil" (o los órganos de poder del estado). De todos modos, hemos de afirmar que nuestra constitución formal recoge la *separación* entre poder militar y poder civil, y *subordina* el primero al segundo. (Ver cap. XXX, nº 15 a).

En la *constitución material* esta subordinación se ha deteriorado en alto grado, y se ha traducido en buena parte en el frecuente intervencionismo militar, que no sólo debe computarse a través de los gobiernos militares en épocas de facto —desde 1930 hasta 1983— sino en el evidente carácter de *factor de poder* que han detentado las fuerzas armadas.

Si una sola razón hubiéramos de dar para propiciar la separación entre poder militar y poder civil, y para fundar la negativa a que las fuerzas armadas ocupen a título propio el poder del estado, volveríamos a la noción del poder político como poder "total" ("de" y "para" *toda* la sociedad), que no se compadece con su ocupación y ejercicio por un "poder" (el militar) que es *sectorial* y que, marginando la participación social en la designación de los gobernantes, asume por sí y para sí las funciones estatales.

La abolición del fuero militar como fuero "personal"

3. — En línea general se ha dicho siempre que la abolición y la prohibición constitucional de los *fueros personales* no arrasan la posible subsistencia del fuero militar como *fuero "real", "de materia", o "de*

causa" (que no ha sido suprimido), cuyo fundamento radica en la *naturaleza de los actos* (y no de sus autores) que sirven de base a los procesos ante la justicia militar.

De una vieja jurisprudencia de la Corte (por ej., casos "Mórtola" y "Espina") surge el principio de que la abolición de los fueros personales significa que ningún militar goza, por razón de "su estado", del privilegio de ser juzgado por tribunales militares en causas civiles por delitos que no violan las ordenanzas militares, y cuyo juzgamiento incumbe a otros tribunales (los comunes o "civiles") por la naturaleza de los hechos; pero la supresión de los fueros personales no ha arrebatado a los tribunales militares la competencia para conocer y juzgar infracciones a las leyes que rigen a las fuerzas armadas. Tal la pauta del derecho judicial más antiguo.

4. — Para reconocer carácter constitucional de fuero real a la jurisdicción militar no basta que los hechos que juzga sean infracciones a la ley militar que rige a las fuerzas armadas, porque lo esencial y decisivo es que esa ley militar que sanciona infracciones incluya en su categoría *únicamente* a los *hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense,* límite que no se guarda cuando —por ej.— se califican como infracciones militares a delitos comunes que, aunque puedan ser conexos con el servicio castrense, pertenecen al campo general del derecho penal común. (Ver nos. 17/18).

La "defensa nacional" y la "seguridad interior"

5. — La legislación argentina ha distinguido la "defensa nacional" en sentido estricto, y la "seguridad interior", asignando la primera a las fuerzas armadas, y la segunda a las fuerzas policiales y de seguridad. Es constitucional tal desglose legal, no obstante que —en nuestra opinión— ha de tenerse en cuenta lo que decimos en el siguiente nº 6.

6. — A nuestro juicio debe quedar en claro que ninguna ley puede inhibir o menoscabar la *jefatura presidencial* sobre las fuerzas armadas, que otorga competencia al poder ejecutivo para recurrir a ellas y disponer su intervención razonable en resguardo tanto de la llamada defensa nacional cuanto de la seguridad interna cuando existe grave perturbación de ambas, imposible de superar por otros medios regulares. Tal competencia existe con ley o sin ley, y ninguna ley puede impedir su ejercicio, porque proviene directamente de la constitución.

II. LOS "PODERES MILITARES" DEL CONGRESO

7. — Ha de entenderse que el congreso dispone de los llamados "poderes militares" que la constitución le asigna, pero que los mismos no se superponen, ni reemplazan a la jefatura que sobre las

fuerzas armadas titulariza el presidente de la república, la cual jefatura tampoco queda compartida en modo alguno con el congreso.

Se puede decir que en lo *organizacional* la competencia es del congreso, y en lo *operacional* es del poder ejecutivo.

A) En caso de guerra

8. — En orden a los *poderes militares,* el inc. 25 del art. 75 reconoce al congreso la competencia para autorizar al poder ejecutivo a *declarar la guerra o hacer la paz.* Ello implica poner en vigor el estado de guerra como instituto de emergencia. (Por causa de ataque exterior, la constitución también admite la declaración del estado de sitio.) Pero ese estado de guerra *no es la ley marcial* como transferencia plena de la jurisdicción civil a la jurisdicción militar para toda la población.

Ver Tomo II, cap. XXV, nos. 19 a 22. (Para la ley marcial, ver nº 23).

Hay que observar que la constitución no somete la declaración de guerra a condicionamientos o requisitos de situación, como sí lo hace cuando prevé en qué casos procede la intervención federal o el estado de sitio; ello significa que, respetada la competencia formal antes referida, depende del criterio, la discreción y la prudencia del congreso y del poder ejecutivo declarar o hacer la guerra, y la paz. Esta advertencia es importante para comprender que el hecho de la guerra en sí mismo no puede ser reputado inconstitucional, porque dispuesta la guerra por los órganos competentes, la guerra queda habilitada por la constitución. Esto no quiere decir que en ocasión de la guerra quede permitido violar la constitución, ni que los poderes de guerra sean superiores a ella, o sean susceptibles de usarse de cualquier manera. Quede claro, entonces, que la guerra —o el "hecho de que haya guerra"— no es inconstitucional, pero "lo que *se hace*" en la guerra en uso de poderes de guerra sí puede resultar inconstitucional (si la constitución es vulnerada; por ej., violando derechos personales, confiscando propiedad enemiga, etc.).

B) Sobre las fuerzas armadas

9. — El inc. 27 del art. 75 pone a cargo del congreso *fijar las fuerzas armadas* en tiempo de paz y de guerra y dictar las *normas* para su *organización* y *gobierno.*

El inc. 28 le otorga *permitir la introducción de tropas extranjeras* en el territorio de la nación, y la *salida de fuerzas nacionales* fuera de él.

Las provincias tienen prohibido por el art. 126 armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admite dilación, dando luego cuenta al gobierno federal.

La jurisdicción militar

10. — Una ardua cuestión se plantea en torno de la llamada *jurisdicción militar* como *fuero real* o de causa. En efecto, mientras la constitución concede al *congreso* la facultad de dictar *normas* para la *organización y el gobierno* de las fuerzas armadas, asigna también al *presidente de la república* el carácter de *comandante en jefe* de las fuerzas armadas. De ahí que se discuta si el ejercicio de la jurisdicción militar significa la aplicación de los "poderes presidenciales" en virtud de aquella investidura constitucional.

Nos parece necesario deslindar dos ámbitos: a) la jurisdicción militar meramente *disciplinaria;* b) la jurisdicción *militar penal.* La primera es, sin lugar a dudas, propia y privativa del presidente de la república como comandante en jefe de las fuerzas armadas. La segunda, *no,* porque se trata de una "jurisdicción *especial*" —al margen del poder judicial— pero al margen también del poder de mando militar del presidente. La jurisdicción militar "no disciplinaria" —o sea, la *penal*— está a cargo de *tribunales militares, y emana de la facultad congresional* —y no presidencial— de dictar normas para la organización y el gobierno de las fuerzas armadas; es una jurisdicción creada *por ley,* en cumplimiento de competencias constitucionales, para establecer la constitución, organización, competencia y procedimiento de los tribunales militares.

11. — El ejercicio de la jurisdicción militar penal por los tribunales militares que la ley establece, no tiene, pues, ningún carácter de subordinación a la jefatura militar del presidente. Desde 1984, las sentencias militares son susceptibles de recurso judicial ante tribunales federales distintos de la Corte, sin perjuicio del eventual recurso extraordinario posterior. (Ver nº 21).

Por supuesto que el presidente de la república siempre dispuso de su facultad de indulto y conmutación de penas respecto de las sentencias militares, pero nunca le hemos reconocido la atribución de revisarlas, reformarlas ni alterarlas.

III. LOS "PODERES MILITARES" DEL PRESIDENTE

Su concepto

12. — El presidente es *comandante en jefe* de todas las fuerzas

armadas (inc. 12 del art. 99). Dispone de ellas y corre con su organización y distribución según las necesidades de la nación, dice el inc. 14. Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del congreso (art. 99 inc. 15).

De estas prerrogativas dimana una masa de atribuciones que se conoce con el nombre de poderes *militares* y poderes de *guerra.*

El poder disciplinario

13. — Además del uso de la fuerza armada como auxiliar del poder civil, conviene resaltar la facultad que como comandante en jefe asiste al presidente para ejercer el *poder disciplinario* en el ámbito del órgano castrense.

La sanciones aplicadas disciplinariamente no deben eximirse de revisión judicial, pero sólo han de "descalificarse" judicialmente cuando exhiben arbitrariedad manifiesta

La naturaleza de los actos en ejercicio de los poderes militares

14. — No cabe duda de que los actos presidenciales que, tanto en tiempo de paz como de guerra, traducen el ejercicio de los llamados poderes militares y de guerra, son —como principio— de naturaleza *política,* lo que, a nuestro juicio, no los libera del control judicial cuando violan la constitución, y deben usarse con sujeción a la misma, como que son una de las tantas competencias —o mejor, fragmentos de competencia— del poder ejecutivo. De ahí que no admitamos en modo alguno la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha reputado a los poderes de guerra como preexistentes, anteriores y superiores a la constitución; y considerado que el uso presidencial de dichos poderes, en la forma, por los medios y con los efectos que el poder ejecutivo ha creído más conveniente en resguardo de los intereses del estado, queda exento de toda revisión judicial (caso "Merk Química Argentina c/Nación Argentina", fallado en 1948).

El poder disciplinario, salvo cuando se ejerce sobre las altas jerarquías militares, no parece traducir actividad política, sino *administrativa.*

15. — A raíz de la guerra con Gran Bretaña por las Islas Malvinas, en 1982, se consideraron justiciables conforme al código de justicia militar los delitos cometidos en acciones bélicas por quienes fueron responsables de su conducción y realización a causa de su investidura castrense.

IV. LA JURISDICCION MILITAR PENAL Y LOS TRIBUNALES MILITARES

El fuero militar como fuero real

16. — Aceptamos el encuadre constitucional que se ha hecho del fuero

militar como *fuero real,* subsistente, por ende, pese a la supresión de los fueros personales. (Ver nº 3). El fuero real, de materia, o de causa, es una jurisdicción que juzga a determinadas personas en razón de la *cuestión* o *materia* sobre la que versa el juicio, y *no en razón de la persona.* El fuero real implica, entonces, que esa persona, en virtud de la "materia" no va a ser juzgada por los tribunales comunes. Pero no es un privilegio personal otorgado a quien es así juzgado, ni se dirige a diferenciarlo del resto de los justiciables.

Aquí radica el meollo de la cuestión, porque nos hemos dado cuenta de que la ley puede extralimitar el sentido estrictamente constitucional del fuero real cuando atribuye competencia a los tribunales militares; o, lo que es lo mismo, que puede incluir indebidamente en esta competencia cuestiones que no responden realmente a la naturaleza excepcional del fuero real (materia militar).

El artículo 75 inciso 27

17. — Ya dijimos que el art. 75 inc. 27 confiere al congreso la facultad de dictar *normas para la organización y el gobierno de las fuerzas armadas* (ley denominada "código de justicia militar"). En primer lugar, hay que reparar bien en la frase *"para"* dichas fuerzas.

El "para" da idea del *fin.* Que la ley ha de tener ese *fin* significa, a los efectos de nuestro tema, que *solamente* puede instituir el fuero militar como fuero real *"para" tutelar bienes jurídicos de específica y estricta naturaleza militar.*

Si se extiende la jurisdicción militar más allá de esa finalidad precisa, el "plus" configura un fuero "personal" opuesto a la constitución, y no un fuero real. No basta, entonces, para detectar al fuero real, con que la ley otorgue competencia a los tribunales castrenses; hace falta que no la otorgue sobre hechos o cuestiones (y también lugares) ajenos a aquella finalidad "para" las fuerzas armadas; si hay exceso, hay inconstitucionalidad. Y el "para" viene a querer decir algo así como que "las afecte en cuanto institución" existente para la defensa y la seguridad.

La competencia "potestativa" para crear tribunales militares

18. — La naturaleza de la competencia que acuerda el art. 75 inc. 27 para dictar el código militar, y la forma como está redactada la norma, nos llevan a afirmar que el congreso tiene una competencia "potestativa", es decir, que se halla habilitado para crear y establecer tribunales militares como fuero real, pero *no está "obligado"* a hacerlo. En suma, la constitución *permite* establecer tribunales militares (con el alcance estricto del fuero real), pero *no impone* el "deber" de exigirlos.

Si el congreso no los creara, podría derivar el juzgamiento de los delitos militares a la jurisdicción judicial. (Ver nºs. 23 y 24).

Los delitos "militares"

19. — Para nosotros, *delitos militares* son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar; es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales. Solamente así queda respetado el "para" restrictivo que enuncia el art. 75 inc. 27.

La naturaleza de los tribunales militares

20. — La jurisdicción militar constitucionalmente ceñida como fuero real —si es que el congreso la implanta— es una *jurisdicción "especial"* (pero no una "comisión *especial*" de las prohibidas por el art. 18); lo de "especial" significa que es distinta de la jurisdicción judicial común que es propia de los tribunales del poder judicial. En suma, también cabe decir que los tribunales militares son órganos "extrapoderes", que *no integran el poder judicial, ni tampoco dependen del poder ejecutivo.*

Con tal característica, no hallamos óbice en decir que son tribunales *de la constitución* y "jueces naturales" (bien que fuera del poder judicial). Incluso, admitimos la posibilidad constitucional de que los tribunales militares funcionaran sin posible revisión de sus sentencias por tribunales judiciales (pero sí con viabilidad de recurso extraordinario ante la Corte en supuestos de procedencia de tal remedio federal).

Se puede tolerar que a la jurisdicción militar penal se la llame jurisdicción "administrativa", si por administrativa se quiere entender solamente que no pertenece al ámbito del poder judicial; pero nos negamos a llamarla "administrativa" si con tal adjetivo se pretende insinuar erróneamente que es tal por depender del poder ejecutivo (puesto que para nosotros no existe tal dependencia).

Las causas que tramitan ante la jurisdicción militar penal están sometidas a las pautas constitucionales del *debido proceso.* Incluso se les aplica el principio de que no puede haber condena penal sin acusación fiscal. Por eso, en el caso "González Hilario Ramón", del 1º de setiembre de 1992, la Corte sostuvo que en jurisdicción militar penal, cuando falta la acusación fiscal no puede haber proceso ni condena.

La revisión judicial

21. — A partir de la reforma al código militar por la ley 23.049 y de la nueva jurisprudencia de la Corte, desde 1984 la validez constitucional de las leyes que organizan los tribunales castrenses

depende de la existencia de *revisión judicial* suficiente de los pronunciamientos que dictan: sus sentencias han de ser susceptibles de un recurso ante un tribunal judicial (y ello porque los tribunales militares no son tribunales del poder judicial, aunque sí de la constitución).

En el caso "Ortiz Dante G.", del 2 de octubre de 1990, la Corte reiteró, con base en la ley 23.049, que el legislador ha querido dotar al procedimiento militar de un recurso judicial amplio para la revisión de todas las decisiones que en materia de delitos se dictan en el ámbito de los tribunales castrenses.

En el caso "Andrés G. Villalba", fallado el 1º de noviembre de 1988, la Corte Suprema consideró que el recurso judicial contra sentencias de los tribunales militares sólo es viable respecto de los delitos que son objeto de condena, excluyéndose del alcance del recurso las sanciones disciplinarias.

La naturaleza "federal" del código militar

22. — Para concluir este esbozo, añadimos que, a nuestro criterio, el código de justicia militar es una ley de naturaleza *federal*. Si en vez de crear tribunales militares el congreso atribuyera competencia para juzgar los delitos militares al poder judicial, tendría que asignarla a *tribunales federales* (y nunca provinciales). (Prueba de lo que decimos se advierte en que la competencia de alzada que ha establecido la ley 23.049 contra decisiones de tribunales militares se radica en la justicia federal.) Ver cap. XXXV, nº 112.

La coordinación entre la jurisdicción militar penal y el art. 116

23. — Cuando se reconoce asidero a la jurisdicción militar penal en el art. 75 inc. 27 puede hacerse necesario afrontar una objeción; ésta se formularía diciendo que la competencia del congreso *es únicamente una competencia legislativa* (para "legislar", o sea, para dictar el código de justicia militar), y no una competencia para crear tribunales militares (o sea, no para establecer la jurisdicción militar penal que aplique el código de justicia militar).

A tal objeción respondemos que cuando la constitución formula la competencia normada en el art. 75 inc. 27, ha tomado en cuenta y dio recepción al derecho español vigente en 1853, que abarcaba tanto la legislación militar cuanto la jurisdicción militar que le daba aplicación.

24. — El precedente argumento, al rescatar la doble competencia de dictar la *legislación militar* y de crear los *tribunales militares* de aplicación, debe correlacionarse con el principio de la *unidad de jurisdicción* centrada en el poder judicial (art. 116), lo que arroja la siguiente conclusión:

a) si para aplicar el código de justicia militar (que es legislación federal) es

posible que el congreso establezca tribunales militares como jurisdicción "especial", no cabe decir que la existencia de tales tribunales pugna con el principio de que la legislación federal debe ser aplicada por los tribunales federales del poder judicial (art. 116);

b) la unidad de jurisdicción ante el poder judicial tiene prevista en la constitución la eventual excepción a favor de la jurisdicción militar penal, si es que el congreso decide establecerla (con o sin alzada judicial).

V. LA JURISDICCION MILITAR Y LOS CIVILES

La sujeción de civiles a los tribunales militares

25. — El derecho judicial de la Corte Suprema ha admitido entre 1976 y 1983 el sometimiento de civiles a los tribunales militares. Por supuesto que esa jurisprudencia se ha movido en un contexto severo: a) requería *ley* expresa que atribuyera claramente a los tribunales militares la competencia para juzgar a civiles por delitos determinados; b) exigía razones transitorias de grave *emergencia* (incluso, entre 1976 y 1983, hay jurisprudencia que para admitir la jurisdicción militar en casos como los que analizamos, requería que los delitos civiles sometidos a ella tuvieran vinculación con la actividad subversiva); c) entendió que la jurisdicción militar era de *excepción* y debía interpretarse restrictivamente; d) suavizó los recaudos formales (o procesales), o hasta eximió de ellos, al recurso extraordinario para facilitar la revisión por la Corte de sentencias militares condenatorias, dictadas sin que los procesados hubieran contado con asistencia letrada, a fin de resguardar al máximo la defensa y el debido proceso.

Una fórmula bastante estereotipada en el derecho judicial que comentamos tiene dicho que, *suscitada una situación de emergencia, no se muestra incompatible con la constitución la regla excepcional que sujeta a los civiles a juzgamiento por los tribunales militares.*

26. — Quizás un precedente importante en las últimas décadas dentro de la jurisprudencia analizada sea el caso "Rodríguez Juan Carlos y otros" (conocido asimismo como "Ruggero Conrado A. y otros"), fallado por la Corte el 24 de octubre de 1962, donde se examinó y convalidó el recurso del poder civil a la ayuda de las fuerzas armadas por razones suficientes de defensa.

A partir de allí, lo que más interesa destacar es, seguramente, el principio de que *después de superado definitivamente un episodio subversivo, no tiene justificación constitucional la exclusión de los jueces del poder judicial en el juzgamiento y la decisión final de las causas criminales;* como corolario de esta regla, la Corte ha sostenido que, terminada la emergencia, *las sentencias militares de condena "legalmente impugnadas" no pueden subsistir.*

¿Qué significa que no pueden subsistir las condenas "impugnadas" legalmente?; ¿quiere decir que toda sentencia condenatoria dictada contra un civil

por tribunales militares se vuelve inválida —y por ende revisable por el poder judicial— *después* de concluida la emergencia?; ¿o lo de "legalmente impugnadas" significa *únicamente* que sólo son revisables las sentencias que al finiquitar la emergencia se hallan *pendientes de recurso o no están firmes*?

Siempre hemos entendido lo último, y el análisis de los casos en que la Corte ha sostenido ese principio corrobora nuestra tesis, porque esos casos versaban sobre fallos condenatorios que no estaban firmes. Por otra parte, esta opinión se respalda en la jurisprudencia de la Corte que negó la procedencia del habeas corpus para atacar sentencias militares de condena, y en el hecho de que la propia ley 23.042 —que en 1984 habilitó el habeas corpus para impugnar tales sentencias recaídas en perjuicio de civiles— dio a entender que hacía falta una ley especial de muy excepcionales razones para permitir una vía procesal contra sentencias firmes.

Para el habeas corpus de la ley 23.042, ver Tomo II, cap. XXVIII, nº 15.

27. — Nosotros entendemos que la sujeción de civiles a los tribunales militares *siempre es inconstitucional,* aunque haya emergencia. Los argumentos acumulados son varios: la jurisdicción castrense como fuero real es de excepción, y jamás puede alcanzar a quienes carecen de estado militar (como son los civiles); implica una "comisión especial" prohibida por el art. 18, y una sustracción de los justiciables (civiles) a sus jueces naturales (que son los del poder judicial); significa violar la división de poderes, precisamente por inhibir la jurisdicción y competencia de los tribunales civiles en las causas penales que se asignan a la jurisdicción militar; se agravia el derecho a la jurisdicción del justiciable, en cuanto al someterlo a los tribunales militares se le cercena el acceso a los tribunales del poder judicial.

Remitimos al Tomo II, cap. XXV, nº 24.

28. — Sostener la inconstitucionalidad del sometimiento de civiles a la jurisdicción militar no significa negar que el poder civil pueda acudir al auxilio de las fuerzas armadas en uso de competencias constitucionales para contener graves situaciones de desórdenes o conmoción interna.

(Para la seguridad interior, ver nº 5).

El deber militar de los civiles

29. — El art. 21 de la constitución dice que "todo ciudadano" está obligado a armarse en defensa de la patria y de la misma constitución, conforme a las leyes del congreso y a los decretos del poder ejecutivo.

No inferimos de esta norma que el congreso esté obligado a implantar el servicio militar coactivo. De hecho, durante un período suficientemente largo a partir de la constitución no existió ley en tal sentido. Tampoco existe en la actualidad (ley 24.429). Siempre fuimos propensos a abolir el servicio obligatorio, y pensamos que su subsistencia hasta hace poco tiempo —una vez desaparecidos los motivos y fines con que razonablemente se lo impuso a comienzos de siglo— hizo incurrir a la ley en inconstitucionalidad sobreviniente.

30. — La *objeción de conciencia* por razones religiosas o éticas, esté o no contemplada en la ley, debe respetarse para eximir de la prestación del servicio; en tal sentido, cabe recordar que tuvo reconocimiento limitado en el fallo de la Corte Suprema del 18 de abril de 1989 en el caso "Portillo Alfredo", en el que se admitió que el objetor cumpliera su deber militar sin portación de armas. (Ver Tomo I, cap. X, nº 13 b, y cap. XI, nº 18 in fine).

31. — Por más que se considere que el deber militar en tiempo de guerra impone a los civiles que cumplen el servicio un esfuerzo exigido por la defensa, y que encierra un álea bélica, entendemos que el estado no puede usufructuar irresponsablemente de la prestación que obliga a asumir a los civiles y, por ende, tiene que responder por el daño que sufren en acto de servicio, o sea, por el que no hubieran padecido de no estar incorporados a las fuerzas armadas. Así lo decidió la Corte en su fallo del 5 de agosto de 1986 en el Caso "Günther Fernando R.".

Extendemos igual criterio para el caso de prestación voluntaria del servicio militar por los civiles.

CAPÍTULO XLI

LOS NUEVOS ORGANOS DE CONTROL "EXTRAPODERES"

Introducción. - I. LA AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. - El diseño del órgano. - *Las ambigüedades y las dudas.* - *La naturaleza de la Auditoría.* - El control desde un partido de oposición. - La competencia de la Auditoría. - *La denominación del órgano.* - *Las dos funciones en el art. 85.* - *Las áreas sujetas al control.* - II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO. - El diseño del órgano. - Las competencias. - La legitimación procesal. - Las áreas sujetas a control. - *El control de "funciones administrativas públicas".* - *El ámbito federal de actuación.* - El juicio valorativo.

Introducción

1. — La reforma constitucional de 1994 incorporó al texto algunos *nuevos controles* que no estaban incluidos en la constitución histórica. Los esbozamos en el cap. XXX, nºs. 44 y 47.

En el presente capítulo no volveremos sobre el tema, y hemos de limitarnos a explicar los dos órganos que el constituyente ubicó en el sector dedicado al congreso, bien que personalmente no los colocamos "dentro" de él sino que los caracterizamos como órganos *extrapoderes* (ver cap. XXX, nº 33).

Se trata de la *Auditoría General de la Nación* y del *Defensor del Pueblo.*

No dudamos que, con ellos, el *Ministerio Público* compone una trilogía institucional novedosa, pero al Ministerio Público lo estudiaremos en el cap. XLIII, dada su proximidad con el poder judicial.

I. LA AUDITORIA GENERAL DE LA NACION

El diseño del órgano

2. — El art. 85 dice:

"El *control externo del sector público nacional* en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución del *Poder Legislativo.*

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública *estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.*

Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con *autonomía funcional,* se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Tendrá a su cargo el *control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública* centralizada y descentralizada cualquiera fuera su modalidad de organización, y *las demás funciones que la ley le otorgue.* Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos."

(La bastardilla es nuestra).

La norma comienza atribuyendo al congreso —al que llama "poder legislativo"— la función de *control externo* del *sector público federal* en diversos aspectos: *patrimonial, económico, financiero y operativo.*

Esta atribución se acopla a las que contienen los 32 incisos del art. 75. (Ver cap. nº XXXIV).

De inmediato aparece la *Auditoría General de la Nación,* en cuyos dictámenes se sustentarán tanto el *examen* como la *opinión del congreso* sobre el desempeño y la situación general de la administración pública.

3. — Ya antes de la reforma de 1994, la *ley 24.156* había creado la Auditoría General, asignándole la naturaleza de "ente de control externo del sector público nacional, *dependiente* del congreso nacional", y con calidad de *"personería jurídica propia* e independencia funcional".

Este diseño institucional no concuerda con el que ahora impone el art. 85, porque esta norma no alude a dependencia alguna de la Auditoría respecto del congreso, como tampoco define la personalidad del organismo que, como ya lo hemos anticipado, exhibe para nosotros el perfil de un *órgano extrapoderes.*

Es obvio que la constitución prevalece sobre la ley, y la nº 24.156 —que es

anterior a la reforma— muestra rasgos en muchos casos incompatibles e inconciliables con el art. 85, por lo que ha de darse por inaplicable en todo cuanto acusa divergencias insuperables.

Las remisiones que, por ende, puedan hacerse a la ley 24.156 solamente son útiles para señalar qué disposiciones de la misma han de tenerse por derogadas automáticamente.

Queda pendiente, pues, una nueva ley de desarrollo del art. 85.

La creación y el funcionamiento de la Auditoría se remiten a esta *ley reglamentaria,* la que también ha de establecer la integración del cuerpo. Dicha ley necesita ser aprobada por la mayoría absoluta sobre el total de legisladores de cada cámara.

Las ambigüedades y las dudas

4. — No queda claro, a nuestro juicio, si las alusiones del art. 85 a "desempeño" y a "situación general de la administración pública" hacen referencia exclusiva a los cuatro aspectos cuyo control externo pertenece al congreso, o si pueden interpretarse como proyectando el "examen" y la "opinión" a otros distintos, que también admiten considerarse como parte del desempeño y la situación general de la administración.

No hay que olvidar que el párrafo cuarto del mismo art. 85 habilita al congreso para conferir a la Auditoría *otras funciones* en la ley reglamentaria.

Parece tolerable la sinonimia entre "control" y "examen-opinión", porque al examinar y opinar se ejerce control, pero en seguida vuelve el vocabulario distinto: empieza con "sector público nacional", y luego continúa con "administración pública". ¿Se está, entonces, apuntando a la estructura orgánica de esa administración, o a la administración como "función" administrativa?

Después de los dos párrafos primeros cuyo sentido acabamos de esbozar, se intercala otro, para luego retomar en el cuarto el tema de la función y competencia que, según vimos, aparecía al comienzo del artículo.

Cuando luego dice que "tendrá a su cargo" no se comprende bien si alude al *presidente* de la Auditoría (cuya designación ocupa la parte final del párrafo que antecede a éste) o al organismo en sí. Vuelve a usar la palabra control (control externo figura en el primer párrafo de la norma) y lo especifica así: de *legalidad, gestión* y *auditoría,* sobre toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, y con cualquier modalidad organizativa. Pero en seguida deja abierta a favor de la ley las otras proyecciones posibles en la asignación de funciones, a las que ya hicimos alusión.

Por fin, el art. 85 hace obligatoria la intervención del órgano (y emplea el adverbio "necesariamente") para el trámite de *aprobación o de rechazo de las cuentas de percepción e inversión de fondos públicos.*

Esta competencia se vincula con la que el inciso 8º del art. 75 le atribuye al congreso para aprobar o desechar la cuneta de inversión.

La naturaleza de la Auditoría

5. — La Auditoría es definida como órgano de *asistencia técnica* del congreso, con *autonomía funcional.* La locución "autonomía funcional" se emplea también para caracterizar al Defensor del Pueblo en el art. 86, y al Ministerio Público en el art. 120.

Sabemos que la reforma ha incorporado —también fuera de los casos recién citados— la palabra "autonomía" en otras normas —por ejemplo: art. 75 inc. 19 con referencia a las universidades nacionales; en el art. 123 en relación con los municipios de provincia; en el 129 para calificar al gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

En orden a la Auditoría, el sentido de la autonomía se adscribe al ejercicio de la función que le incumbe, ya que la norma dice "autonomía *funcional*", como para prohibir toda interferencia —así sea del congreso al cual aquel organismo asiste técnicamente—. Por eso decimos que es un *órgano extrapoderes.*

El control desde un partido de oposición

6. — Con un sentido político a favor de la independencia e imparcialidad del órgano, la norma prescribe que el *presidente* del mismo debe ser designado a propuesta del *partido político de oposición* que cuente con el mayor número de legisladores en el congreso; pero no prevé quién lo nombrará, ni cómo.

El partido político de oposición con mayor número de legisladores en el congreso *debe "proponer"* al *presidente* de la Auditoría para que sea designado. La norma induce a reflexionar sobre algunos aspectos.

a) Partido con mayor número de legisladores en el congreso significa que hay que tomar en cuenta la representación partidaria en las *dos cámaras* del congreso.

b) Cuando el art. 85 dice que el presidente "será designado a propuesta", quiere decir que esa propuesta es *vinculante.*

c) Por lo dicho, entendemos que ésta es una de las normas que enfatizan el *protagonismo de los partidos* y el reconocimiento explícito que les ha asignado la reforma constitucional.

d) En lo que hace a la Auditoría como órgano de control independiente, la propuesta partidaria para designar al presidente no alcanza, por sí sola, para asegurar que el órgano efectuará aquel control desde un partido opositor al partido "oficial", porque si la conducción de la Auditoría queda a cargo de un

cuerpo colegiado, hay que saber cómo y de qué manera se lo integrará, ya que si únicamente el presidente de ese cuerpo colegiado pertenece a un partido de oposición, puede ocurrir que su gravitación sea muy escasa, tomando en cuenta al resto de funcionarios que participen con él en la conducción y las decisiones del mismo órgano.

e) La referencia constitucional al *presidente* de la Auditoría, que según vimos, debe ser designado a propuesta del partido de oposición con mayor número de legisladores en el congreso obliga a afirmar, con toda seguridad, que cada vez que esa mayoría se modifique en favor de otro partido, el presidente nombrado a propuesta del que dejó de serlo deberá cesar en su cargo, para hacer viable el desempeño de uno nuevo cuyo origen partidario responda a la prescripción constitucional.

En este aspecto, la norma del art. 85 es directamente *operativa.*

La competencia de la Auditoría

La denominación del órgano

7. — La denominación "Auditoría General" que usó la ley 24.156 ha sido trasladada a la constitución por la reforma de 1994, pero puede inducir a error en cuanto a la competencia del órgano, porque el concepto de "auditoría" parece apuntar únicamente a un control contable sobre el uso, el destino y la aplicación de fondos públicos. El art. 85 no circunscribe a ese objetivo la función de la Auditoría, como en seguida se verá.

Las dos funciones en el art. 85

8. — Si se presta debida atención al art. 85 queda la impresión cierta de que *divide en dos* el ámbito de competencias de la Auditoría:

a) por un lado, la *asistencia técnica* del congreso;

b) por el otro, el *control de legalidad, gestión y auditoría* en el ámbito demarcado por el párrafo tercero del art. 85.

En el primer caso, la Auditoría *dictamina;* en el segundo, *controla.*

A ambos aspectos, la ley reglamentaria puede *añadir otros,* porque el art. 85 —según lo dijimos ya— así lo tiene previsto.

La obligatoriedad que se le impone al congreso de sustentar su examen y opinión en los dictámenes de la Auditoría surge *imperativa y operativamente* de la constitución, al igual que la función de control que le imputa a la Auditoría como competencia propia.

Afirmar que tal competencia controladora es "propia" significa que sólo le pertenece a la Auditoría, que es *exclusiva* de ella, y que el control externo que el párrafo primero del art. 85 le asigna al congreso encuentra aquí una limitación en favor de la Auditoría. En otras palabras, el control constitucionalmente atribuido a ésta en forma directa no puede ser compartido.

Una interpretación no restrictiva del art. 85 permite entender también que el control a cargo de la Auditoría admite ser temporalmente amplio, por lo que la oportunidad para su ejercicio no ha de ser solamente *posterior* a los actos que controla, sino además *previa* y *simultánea*.

9. — Cuando, no obstante la divisoria entre la función de asesoramiento al congreso y la de control directo por la propia Auditoría, se abarca la unidad conceptual y normativa del art. 85, se advierte que en los dos supuestos el órgano actúa en relación con el *control*:

a) cuando presta *asistencia técnica obligatoria al congreso* para que éste ejerza el control descripto en el primer párrafo del art. 85, la presta en lo referente a ese mismo control congresional, que es un control patrimonial (sobre el activo y el pasivo del patrimonio del estado), un control económico (sobre el resultado de la gestión del estado), un control financiero (que recae sobre el movimiento de fondos) y un control operativo u operacional (dirigido a examinar si la gestión se ha realizado conforme a los principios de eficiencia, economía y eficacia).;

b) cuando la misma Auditoría *cumple directamente con el control* de legalidad, gestión y auditoría previsto en el párrafo tercero del art. 85, se hace evidente que la competencia se vincula siempre con el control.

En cuanto a las demás funciones que por ley puede otorgarle al congreso, creemos que también han de guardar similar relación con el control.

Todo ello se corrobora cuando, en la última parte del art. 85, se prescribe que la intervención de la Auditoría es *necesaria* en el trámite de aprobación o de rechazo de las *cuentas de percepción e inversión de fondos públicos*, en alusión a la competencia que la constitución le impone al congreso en el art. 75 inc. 8º.

Las áreas sujetas al control

10. — El art. 85 no ha perfilado con nitidez la totalidad de las áreas a las que coloca bajo control del congreso y de la Auditoría. Vimos ya que el vocabulario utilizado en los distintos párrafos de la norma apunta al "sector público *nacional*" y a la "*administración* pública" (centralizada y descentralizada, cualquiera sea su modalidad organizativa).

El adjetivo "nacional" a continuación de "sector público" equivale, en nuestro lenguaje personal, a *federal.* Y federal es tanto el congreso, como el poder ejecutivo, como el poder judicial, más los órganos extrapoderes (jefatura de gabinete, Defensoría del Pueblo, y Ministerio Público).

De ser así, no queda para nada claro si el control se ha de explayar a todos esos ámbitos con el alcance y las finalidades previstos en el art. 85.

"Administración pública", en cambio, admitiría circunscribir su espacio al de la que típicamente se tiene como tal; o sea, a la que depende del *poder ejecutivo,* con lo que ya no habría sitio para la actividad administrativa o de administración en las esferas del congreso y del poder judicial.

Este es el dilema que suscita el art. 85.

Repetimos nuevamente que frente a esta norma, lo establecido en la ley 24.156 anterior a la reforma sólo puede, en el mejor de los casos, servir de indicio. La ley reglamentaria del art. 85 no ha sido dictada, y es verdad que tanto para dar por vigente a la ley 24.156 como para sancionar la que se halla pendiente, siempre la prelación de la constitución obliga a desentrañar hasta dónde alcanza el control y dónde —acaso— se retrae, más allá de lo que los textos legales traigan consignado. De darse apartamiento o discrepancia de los mismos con la constitución, deberá imputárseles inconstitucionalidad y negárseles aplicación.

Por eso, la dificultad interpretativa que el art. 85 coloca por delante no es fácil de disipar.

Un parámetro bastante razonable sería el que diera por cierto que en todo órgano de poder, en todo órgano extrapoderes, en toda entidad —aun no estatal ni federal— que *recibe o maneja fondos públicos,* el control del congreso y el de la Auditoría tendría materia suficiente para su ejercicio. (Ver nº 12).

Hemos de dejar a salvo que hay doctrina conforme a la cual el art. 85 *excluye* al propio poder legislativo y al poder judicial de los controles en él previstos.

11. — Cuando el ámbito de control toma en cuenta tanto el "sector público" como la "administración pública", la doctrina viene enseñando que el control por la Auditoría recae con amplitud sobre la *administración pública en su totalidad,* así como respecto de entes autárquicos, empresas y entidades en las que hay participación

estatal significativa o a las que el estado aporta fondos públicos.

Creemos que no evaden dicho control las *entidades privadas* que, por causa de la desregulación, prestan servicios al público.

12. — En cuanto a las *universidades nacionales* (autónomas por el art. 75 inc. 19) el control de la Auditoría solamente queda habilitado en orden a la administración que efectúan de los recursos que derivan del tesoro nacional. No puede explayarse más, porque la autonomía universitaria coloca a las universidades fuera de la estructura estatal y/o de la administración pública.

Por analogía de razonamiento, el control posible de la Auditoría en relación con las *provincias* parece también limitarse a la porción que coparticipan en la distribución de contribuciones conforme al art. 75 inc. 2º, pero excluyendo —cálculo mediante— lo que en dicha coparticipación federal cada provincia recaudaría como recursos propios de su competencia si la coparticipación no existiera.

Es claro que para proyectar el control al referido ámbito universitario y provincial es menester que las expresiones "sector público" y "administración pública" (que apuntan a la esfera *federal*) cobren un sentido muy amplio, y se interpreten como, aun al margen de lo "público" y de lo "federal", abarcando todo uso y manejo de *fondos públicos federales*. De esa manera, la conexión con lo público y con lo federal estaría dada, no por la naturaleza de los ámbitos que se controlarían, sino por la participación de ellos en los mencionados fondos públicos del tesoro nacional.

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

El diseño del órgano

13. — El art. 86 ha creado la Defensoría del Pueblo. Dice así:

"El Defensor del Pueblo es un *órgano independiente* instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena *autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad*. Su misión es la *defensa y protección de los derechos humanos* y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución, y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el *control* del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo *tiene legitimación procesal*. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley."

(La bastardilla es nuestra).

Es una norma nueva de la constitución y la institución es también de reciente creación subconstitucional —primero se creó por decreto del poder ejecutivo, y luego por la ley nº 24.284—. El constitucionalismo provincial ya tenía incorporada a la institución en muchos ámbitos locales, como también la ciudad de Buenos Aires.

14. — Al referirnos a la Auditoría General de la Nación adelantamos que el Defensor del Pueblo, al igual que ella, reviste naturaleza de *órgano extrapoderes.*

El art. 86 lo ha creado como órgano *independiente,* con *plena autonomía funcional,* y *exento de recibir instrucciones* de ninguna autoridad. Por ende, la ubicación normativa congresional no implica que forme parte del congreso, y mucho menos que guarde dependencia respecto de él, aunque su designación y remoción le quedan asignadas, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada cámara.

Se le deparan los *privilegios* e *inmunidades* de los legisladores, y un período de desempeño quinquenal, con posible designación inmediata por una nueva y única vez.

15. — Conviene adelantar que la "letra" de la constitución traza una fisonomía de órgano *unipersonal,* pero entendemos que la ley habilitada y exigida por el último párrafo del art. 86, al referirse a la "organización" y al "funcionamiento" de "esta institución" deja espacio más que amplio para que el Defensor del Pueblo cuente con los colaboradores necesarios y convenientes en dependencia suya, a fin de que el aludido "funcionamiento" de la Defensoría quede abastecido en plenitud.

Hay que tener muy en cuenta la vastedad funcional y territorial de sus competencias para comprender que un único funcionario no estaría en condiciones mínimas suficientes para abarcar su ejercicio por sí solo y que, por ende, le resulta imprescindible disponer de una infraestructura humana idónea, tanto en su dimensión cuanto en su aptitud técnica y ética.

16. — Es deber del congreso dictar la *ley reglamentaria* de la organización y el funcionamiento de la defensoría.

Después de la reforma de 1994, el congreso dictó la ley 24.379, modificatoria de la nº 24.284 que se hallaba en vigor desde antes de la reforma, pero aún así afirmamos que toda disposición que en cualesquiera de ambas leyes resulte

incompatible con el art. 86 ha de tenerse por inaplicable (si se trata de normas anteriores a la reforma, se han de dar por derogadas; si son posteriores, se las ha de reputar inconstitucionales).

Las competencias

17. — La competencia central está definida constitucionalmente, y consiste en la *defensa* y *protección* de los *derechos humanos* y de los *demás derechos, garantías* e *intereses* tutelados por la *constitución* y las *leyes,* ante hechos, actos u omisiones de la administración.

En el párrafo no aparece la mención de derechos emergentes de los *tratados internacionales,* pero no hay duda de que, al menos los que gozan de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inciso 22, han de considerarse absorbidos por la cita referencial a los derechos tutelados por la constitución. Una interpretación amplia, implícita en la función protectora que se le encomienda al Defensor del Pueblo, nos hace entender que cualquier derecho, garantía o interés que surgen de un tratado incorporado al derecho argentino —aun cuando carezca de rango constitucional— provoca la competencia del Defensor en caso de padecer las violaciones que especifica la norma.

18. — Si hubiéramos de agrupar sintéticamente las competencias del Defensor del Pueblo en una sola función, diríamos que ésta consiste en *fiscalizar, controlar y proteger* todo cuanto queda incluido en el ámbito que el art. 86 coloca bajo su órbita.

Para ello, entendemos que está habilitado a recibir y seleccionar denuncias y quejas, a informar, a investigar, a criticar, a hacer propuestas y recomendaciones, a articular proyectos y, especialmente, a acceder a la justicia en virtud de su legitimación procesal. En todo este conjunto de posibilidades damos por cierto que su acción no se debe limitar a los actos u omisiones ya consumados, sino que ha de tener a la vez carácter *preventivo.*

En ninguna de sus competencias posee facultades de decisión con naturaleza vinculante y efectos obligatorios.

Aun cuando en muchas de sus intervenciones asuma la tutela de derechos o intereses que no le son propios, sino de terceros, advertimos con claridad que siempre *actúa a nombre propio y por sí mismo* en relación con el congreso, lo que sencillamente significa que esa actividad suya no es imputable al congreso, frente al cual sabemos que goza de autonomía y de independencia absolutas, hasta el extremo de que no recibe instrucciones de ninguna autoridad.

Ello no impide que en el congreso exista una *Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo,* cuya primera resolución dispuso que el Defensor es responsable de su gestión ante el congreso.

La legitimación procesal

19. — Hemos de alabar que el art. 86 confiera al Defensor la *legitimación procesal* en todo cuanto hace a las cuestiones de su competencia.

En correspondencia con el art. 86, el art. 43 también se la confiere para promover la acción de amparo prevista en su segundo párrafo, que es aquél donde aparecen mencionados los intereses difusos o colectivos con el nombre de "derechos de incidencia colectiva en general" (ver Tomo II, cap. XXVI, nº 28). Esta relación entre la legitimación específica del art. 43 y la genérica del art. 86 abre un espacio procesal muy amplio y digno de interpretación generosa.

De ahí que:

a) la legitimación del Defensor del Pueblo se entienda como extendida a *toda clase de procesos judiciales,* incluso para plantear mediante el recurso extraordinario una cuestión constitucional a efectos de su resolución por la Corte Suprema;

b) similar legitimación lo habilita para acudir a *instancias administrativas* e intervenir en ellas a efectos de plantear pretensiones en defensa de derechos e intereses, de modo equivalente a como lo puede hacer ante los tribunales judiciales;

c) en ambas esferas —judicial y administrativa— no es menester que: c') actúe por denuncia o requerimiento de parte interesada; c") si actúa en virtud de una denuncia o un requerimiento de particulares, tampoco éstos han de ser necesariamente los titulares del derecho o del interés por los que se recaba la intervención del Defensor del Pueblo;

d) en cuanto a la *acción pública en materia penal,* pensamos que tiene legitimación suficiente para incoarla, sin necesidad de hacerlo a través del Ministerio Público;

e) la legitimación no inhibe ni margina la que también incumbe a la parte que —en virtud de art. 43— dispone de su propia legitimación subjetiva, por lo que a la Defensor del Pueblo, a la del afectado o de la víctima, y a la de las asociaciones, las damos por

compartidas y no por excluyentes recíprocamente (ver Tomo II, cap. XXVI, nº 30).

f) no descubrimos óbice alguno para que, en determinadas situaciones, la legitimación del Defensor del Pueblo en su competencia de carácter tutelar de los derechos, se superponga —acaso— con la del Ministerio Público.

20. — Por su legitimación procesal, el Defensor del Pueblo está en condiciones de facilitar el acceso a la justicia de muchas personas que, por diversidad de causas (falta de recursos, desinterés, ignorancia, apatía, etc.), nunca promoverían un proceso judicial.

Las áreas sujetas a control

21. — El control en sentido lato que el art. 86 confía al Defensor del Pueblo para la *protección de los derechos* y sobre el ejercicio de las "funciones *administrativas públicas*" abre un espacio amplio que suscita algunas dificultades.

El área tutelada se enmarca en la actividad —por hechos, acciones u omisiones— de la *administración.* Damos por cierto que alude a la administración *pública* —centralizada o descentralizada— que el art. 100 inciso 1º hace depender en su ejercicio del jefe de gabinete de ministros, y que el art. 99 inciso 1º coloca bajo la responsabilidad política del presidente de la república.

No dudamos de que también la actividad del *congreso,* en cuanto se despliega en el ámbito administrativo, queda sometida a la competencia del Defensor del Pueblo.

22. — Quizás el mayor punto de conflicto se radica en relación con el *poder judicial,* porque sabemos que aun cuando su función central es administrar justicia, también despliega función administrativa.

Por un lado, la independencia del poder judicial parecería inhibir todo control del Defensor del Pueblo en el área de *administración* de dicho poder, incluida la del Consejo de la Magistratura. Por otro lado, si a la expresión "funciones administrativas *públicas*" que utiliza el art. 86 se la interpretara holgadamente, la objeción alcanzaría a disiparse, aunque sin eliminar totalmente la duda.

Cuando de la actividad administrativa en el área del poder

judicial nos trasladamos a lo que estrictamente es su *administración de justicia,* hay que esclarecer algunas cuestiones:

a) la legitimación procesal del Defensor del Pueblo le otorga capacidad para a') *acceder a los tribunales* en cumplimiento de la función que la constitución se discierne y a") para *intervenir en los procesos judiciales;*

b) tal legitimación no se eclipsa cuando, frente a dilaciones procesales que aparecen como lesivas de derechos de los justiciables en orden a la duración razonable del proceso, a la tutela judicial eficaz, y a la sentencia oportuna y útil, el Defensor del Pueblo pretende impulsar y acelerar la jurisdicción del tribunal, no como una forma de interferir en la función judicial propia y exclusiva de los jueces, sino en auxilio de las partes para resguardar sus derechos en el proceso; no obstante, la Corte Suprema rechazó una pretensión de esa naturaleza del Defensor del Pueblo, negándole legitimación en la causa "Frías Molina", de 1996 —ver Tomo II, cap. XXVI, nº 28—).

En el caso "Frías Molina Nélida c/Instituto Nacional de Previsión Social", del 12 de setiembre de 1996, la Corte Suprema negó legitimación al Defensor del Pueblo para ser tenido como parte en los juicios que se hallaban pendientes ante el tribunal por reclamos de actualización de haberes de jubilación y pensión. Para ello, aplicó el art. 16 de la ley 24.284 (anterior a la reforma constitucional de 1994) que exceptúa del ámbito competencial del Defensor del Pueblo al poder judicial. En rigor, el nuevo art. 86 de la constitución no fue tomado en cuenta por la Corte cuando, en verdad, es fácil sostener que la norma legal de 1993 no resulta aplicable frente a la cláusula constitucional que le asigna al Defensor del Pueblo la defensa y protección de los derechos humanos y que le reconoce expresamente legitimación procesal.

No parece que la circunstancia de conferirle la aludida función ante "hechos, actos u omisiones de la administración" sea suficiente para vedarle el acceso a la justicia en causas que llegan a la instancia judicial por presuntas violaciones consumadas en sede administrativa.

El control de "funciones administrativas públicas"

23. — Fuera de la estricta función defensiva de los derechos, la institución del Defensor del Pueblo tiene a su cargo, por imperio del mismo art. 86, el control del *ejercicio* de las *funciones administrativas públicas.* Interpretamos que en este control no se fiscaliza la actividad señalada para detectar directamente violaciones a los derechos ni para defenderlos, sino para verificar si el ejercicio de las funciones administrativas presenta o no irregularidades, aun cuando no irroguen violación a los derechos o no se proyecten a ellos.

En el debate en la Convención, se sugirió usar el calificativo de "públicas" en vez de "estatales", porque se alegó que referirse solamente al control de las funciones administrativas estatales significaba una limitación a la competencia del Defensor del Pueblo, ya que muchos órganos y entidades que no son del estado cumplen, no obstante, actividades públicas —por ejemplo, los colegios profesionales, las empresas privadas que prestan servicios públicos, las entidades que se ocupan de la salud pública, etc.—.

En rigor, cuando se acepta que hay personas jurídicas públicas no estatales, se comprende que se incluya en el orbe competencial del Defensor del Pueblo a la actividad de tales entes cuando ejercen prerrogativas públicas.

En síntesis, que la norma constitucional diga "funciones administrativas *públicas*" y haya reemplazado el adjetivo "estatales" por "públicas" es un dato para dejar demarcada la amplitud del control que se encomienda al Defensor.

El ámbito federal de actuación

24. — Por último debemos decir que, también con una interpretación ajustada a todo el contexto constitucional y a su espíritu, el Defensor del Pueblo, como órgano federal de control, circunscribe su competencia al espacio exclusivamente *federal,* o sea, a las violaciones de autoría federal y a la fiscalización de las funciones administrativas públicas de alcance federal. Si lo enunciamos negativamente, queda claro que no puede intervenir en la zona que es propia de las provincias.

Tal opinión no deriva solamente de la estructura constitucional de nuestro régimen federal, sino que toma en cuenta asimismo, y en convergencia, que para desempeñar análoga función defensiva y controladora en jurisdicción provincial son varias las constituciones locales que han previsto también la institución del Defensor del Pueblo.

El juicio valorativo

25. — Con estilo propio, la constitución ha dado recepción analógica al tradicional "ombudsman", y ha despejado la duda que antes de la reforma pudo existir en algún sector doctrinario acerca de su posible establecimiento mediante ley del congreso. Aun con respuesta afirmativa, el origen puramente legal del Defensor del Pueblo podía suscitar reparos sobre su intervención en lo que la doctrina llama y considera zona de reserva de los otros poderes; de ahí que la creación constitucional ya no deje margen para suponer que en algún supuesto pueda esa misma intervención —mientras se mantenga dentro de su marco de competencia— significar lesión o irrespetuosidad a la división de poderes.

CAPÍTULO XLII

EL PODER JUDICIAL

I. SU ESTRUCTURA Y CARÁCTER. - Las normas de la constitución sobre el poder judicial. - La solución de conflictos fuera del poder judicial. - *La mediación prejudicial obligatoria.* - *Una exclusión inconstitucional del libre acceso a la justicia.* - II. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - La creación y composición de la Corte Suprema. - *El juramento de sus miembros.* - El sentido institucional de la Corte Suprema. - *La "supremacía" de la Corte "Suprema".* - La "división" de la Corte en "salas". - El presidente de la Corte Suprema. - *Su nombramiento.* - *Su renuncia.* - La actividad de la Corte Suprema que no es judicial. - III. LA INAMOVILIDAD DE LOS JUECES. - Su alcance. - La inamovilidad de los jueces provinciales. - IV. OTRAS GARANTÍAS. - El sueldo. - Las incompatibilidades. - V. LAS FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL PODER JUDICIAL. - Su noción. - El derecho judicial en materia de poder disciplinario. - VI. LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN. - Su alcance. - La jurisdicción militar. - La jurisdicción administrativa (o administración jurisdiccional). - *El ejercicio de la función jurisdiccional por la administración.* - *La jurisdicción "judicial" y la jurisdicción "administrativa".* - *El control judicial sobre la administración jurisdiccional.* - *Los tribunales municipales de faltas.* - VII. LOS JUECES DE LA CAPITAL FEDERAL. - La situación antes y después de la reforma constitucional de 1994. - La reforma de 1994: los artículos 75 inc. 12, y 129. - Las restricciones a la jurisdicción judicial. - *La disposición transitoria decimoquinta de la constitución.* - *La disposición transitoria séptima.*

I. SU ESTRUCTURA Y CARACTER

1. — El llamado "poder judicial" se compone de una serie de órganos que forman parte del gobierno federal y que ejercen una función del poder del estado, cual es la denominada "administración de justicia", "jurisdicción" o "función jurisdiccional". A ello se añade ahora el Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento (ver cap. XLIII).

Los órganos del poder judicial que genéricamente llamamos "tribunales de justicia", son los *jueces naturales* deparados a los habitantes por el art. 18 de la constitución. Así como desde la *parte orgánica* visualizamos a la administración de justicia en cuanto *función del poder,* desde la *parte dogmática* descu-

brimos que el derecho de los habitantes a acudir en demanda de esa administración de justicia configura el *derecho a la jurisdicción.* Las personas y entes colectivos en cuanto disponen de ese acceso al poder judicial se denominan "justiciables".

En primer lugar, conviene advertir que el poder judicial se compone de *varios* órganos. *Jueces* y *tribunales* de múltiples instancias, más el *Consejo de la Magistratura* y el *jurado de enjuiciamiento,* integran una estructura vertical, que se corona en el órgano máximo y supremo, que es cabeza del poder judicial: *la Corte Suprema.* A estos órganos, bien que componen el gobierno y tienen a su cargo una función del poder, se los considera "*no* políticos", por la diferencia que acusan en relación con el órgano ejecutivo y con el congreso. Se habla también, por eso, de *independencia* del poder judicial.

Con ello se apunta a remarcar la índole especial de la función judicial y de los jueces en orden a la independencia e imparcialidad, respecto de todo *partidismo* político. Pero el poder judicial, que integra el gobierno federal, también es un "poder *político*" porque ejerce una *función del estado;* las sentencias —todas y cualquiera, con independencia de cuál sea la materia que resuelven— son actos políticos porque emanan de órganos del estado; también las decisiones del Consejo de la Magistratura y del jurado de enjuiciamiento.

2. — Sería difícil agotar en una enumeración todos los mecanismos de organización que, sustrayendo a los órganos judiciales de ataduras a otros órganos y sujetos de la acción política, asientan la *independencia* del poder judicial.

a) En primer lugar, el derecho constitucional del poder ha ordenado los órganos judiciales en *forma permanente* mediante el establecimiento de los tribunales de justicia y la eliminación de los tribunales de excepción, especiales o ad-hoc. A esos tribunales preestablecidos se los denomina "jueces naturales".

b) En segundo lugar, el *estado reivindica para sí en forma privativa* la función de *administrar justicia.* Está abolida la justicia privada, porque hay interés público y legítimo en que los individuos resuelvan sus conflictos y pretensiones dentro de la esfera del poder estatal.

Por justicia "privada" hay que entender la justicia por mano propia que cada uno se hace a sí mismo en sus conflictos con otro, pero no las soluciones alternativas al proceso judicial que, de no estar comprometido el orden público, son válidas cuando las partes en conflicto resuelven, de común acuerdo y con

pleno consentimiento, pactar en pie de igualdad un mecanismo sustitutivo del proceso judicial, como puede ser el sometimiento a arbitraje; la ley puede también, razonablemente, implantar la etapa de mediación como previa al proceso judicial. (Ver nos. 4 a 6).

c) En tercer lugar, la función de administrar justicia en forma privativa, que se asigna a los órganos judiciales, *excluye* también totalmente su *arrogación* y ejercicio por el *órgano ejecutivo* y por el *órgano legislativo.* Es una severa y tajante división de poderes, que encasilla a la administración de justicia en el poder judicial, sin participación, delegación o avocación de ninguna índole o hacia los otros dos poderes.

d) En cuarto lugar, no se admiten ni son constitucionales las *influencias o presiones externas,* ni las instrucciones acerca del modo de ejercer la función. Sólo la constitución y las leyes imponen obligaciones a los jueces. Ni siquiera los órganos judiciales de instancia superior pueden intervenir en las sentencias o resoluciones de los de instancia inferior, como no sea cuando la ley les da oportunidad mediante recursos revisores.

e) En quinto lugar, el juez —tanto de jurisdicción federal como local— tiene *estabilidad* en su cargo; ello quiere decir que es inamovible —si no siempre vitaliciamente, sí durante el período para el cual ha sido designado—. De este modo, la destitución sólo procede a título de excepción y de acuerdo a un procedimiento también especial —por ej.: enjuiciamiento—.

f) En sexto lugar, el ejercicio de la función judicial apareja *incompatibilidades* casi totales con toda otra actividad.

g) Cuando algún justiciable, disconforme con la actuación de la Corte durante algún período de nuestra historia, ha alegado posteriormente ante dicho tribunal la nulidad de sus anteriores pronunciamientos firmes, aspirando a que, fuera de oportunidad procesal, se declararan inválidos, la Corte ha rechazado la pretensión extemporánea. Esto tiene importancia no sólo por la preservación de la *cosa juzgada,* sino por lo que significa en orden a la *permanencia y continuidad* del poder judicial en cuanto "poder del estado"; la Corte, en suma, ha dado a entender que no es posible, en ningún lapso histórico, considerar que no ha existido el poder judicial.

h) La Corte Suprema sostiene asimismo que su supremacía, cuando ejerce la jurisdicción que la constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, federales o provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones, y por ende los jueces provinciales no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del "poder judicial de la nación".

Las normas de la constitución sobre el poder judicial

3. — Nuestro derecho constitucional del poder contiene pocas normas en la constitución formal sobre el poder judicial. Ellas son:

1) Establecimiento directo e inmediato de: a) una *Corte Suprema;* b) *tribunales inferiores;* lo demás, queda derivado a la ley, que puede dividir las instancias; c) un *Consejo de la Magistratura* y un *jurado de enjuiciamiento* (arts. 108, 75 inc. 20, 114, 115 y 116).

2) Establecimiento de los tribunales creados por la constitución —o por la ley conforme a ella— con calidad de *jueces naturales,* y abolición de tribunales especiales, comisiones de la misma índole, etc. (art. 18). También *abolición* de los *fueros personales* (o sea, del privilegio de ser juzgado según el status personal —eclesiástico, militar, universitario— por jueces especiales) (art. 16).

3) *Prohibición de que el presidente de la república ejerza funciones judiciales,* se arrogue el conocimiento de causas pendientes o restablezca las fenecidas (art. 109). La prohibición rige también durante el estado de sitio (art. 23).

4) Fijación por la propia constitución de las *condiciones* para ser *miembro* de la *Corte Suprema* de Justicia (art. 111), y previsión de su *presidencia* (arts. 59 y 112).

5) Previsión del *sistema de designación* de los jueces de la Corte por el poder ejecutivo con acuerdo del senado, y de los demás jueces inferiores por el poder ejecutivo con acuerdo del senado en base a una terna propuesta por el Consejo de la Magistratura (art. 99 inc. 4º).

6) *Incompatibilidad:* Los jueces de las cortes federales no pueden serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia (art. 34).

7) *Juramento de los miembros de la Corte Suprema* (art. 112).

8) *Competencia* del poder judicial de la nación (art. 116), con *reserva de las jurisdicciones locales* (art. 75 inc. 12).

9) *Competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema* (art. 117).

10) *Competencia* de la Corte Suprema para dictar su reglamento interior y nombrar todos sus empleados subalternos (art. 113).

11) *Inamovilidad* de los jueces mientras dura su buena conducta (art. 110), y remoción de los de la Corte por juicio político (arts. 53, 59 y 60), y de los demás por un jurado de enjuiciamiento (art. 115).

12) *Remuneración de los jueces,* determinada por ley, que no puede disminuirse en forma alguna mientras permanecen en sus funciones (art. 110).

13) Establecimiento por *ley del juicio por jurados* (arts. 24 y 75 inc. 12) y conclusión (después de establecida la institución) de todos los juicios criminales ordinarios por jurados (art. 118).

14) *Administración de recursos y ejecución del presupuesto* por el Consejo de la Magistratura (art. 114).

15) Previsión de la existencia de un *poder judicial local* en la *ciudad de Buenos Aires* (art. 129).

La solución de conflictos fuera del poder judicial

4. — Decir que el estado *monopoliza la justicia pública* y que da por abolida y prohibida la justicia privada (o por mano propia) significa solamente que los particulares no podemos hacernos justicia directa (cada uno por sí mismo frente a otro, salvo el supuesto extremo de legítima defensa). Por ende, la justicia pública no significa imposibilidad de que los conflictos puedan resolverse fuera y al margen del poder judicial mediante métodos alternativos. (Ver nº 2 b).

Es —por ejemplo— el caso del sometimiento por las partes en conflicto a un *arbitraje* o a *amigables componedores,* en vez de acudir a un tribunal judicial.

Respecto de ello, hemos de destacar que:

a) tales *soluciones extrajudiciales* deben siempre ser *voluntarias,* o sea, acordadas y consentidas por las partes en litigio; el estado no puede obligar a que los particulares sometan sus controversias individuales a un arbitraje sin dejarles opción alguna para elegir, alternativamente, la vía judicial;

b) la "función" arbitral a cargo de árbitros o tribunales arbitrales *no es una función estatal* (o función del poder) sino una actividad *extraestatal;*

c) el *arbitraje obligatorio* —descartado en los supuestos de los anteriores incisos a) y b)— admite excepcionalmente ser establecido por ley para dirimir *conflictos colectivos de trabajo,* conforme a una interpretación posible del art. 14 bis (ver Tomo II, cap. XXI, acápite IV, especialmente nº 23).

Hemos de recordar que, conforme a una pauta del derecho judicial, el arbitraje no puede ser impuesto obligatoriamente por ley en las controversias

individuales, porque ello importa privar compulsivamente a las partes del acceso a los tribunales del poder judicial.

5. — El arbitraje no ha de entenderse como una especie de privatización de la justicia que administra el estado, aun cuando sea corriente calificarlo como un método "alternativo" de la jurisdicción judicial. En consonancia, ha de tomarse en cuenta:

a) que los árbitros o tribunales arbitrales carecen de imperio, por lo que los laudos necesitan intervención judicial para ser ejecutados;

b) que no obstante las limitaciones existentes en el control judicial del arbitraje, se halla previsto —por ejemplo— un eventual recurso de nulidad que, a la postre, debe habilitar un ulterior recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra la sentencia recaída en la instancia judicial inferior (en su disidencia al fallo de la Corte del 17 de noviembre de 1994 en el caso "Color SA. c/Max Factor Sucursal Argentina, s/laudo arbitral s/pedido de nulidad de laudo", el juez Boggiano sostuvo que un cierto control judicial no es susceptible de suprimirse totalmente en el arbitraje); b') el referido control judicial es más amplio si las partes no renunciaron a él al pactar el arbitraje, y más estrecho si lo han renunciado, interpretándose que, aun renunciado, el recurso autónomo de nulidad subsiste.

La mediación prejudicial obligatoria

6. — Entre los denominados "métodos alternativos" para solucionar conflictos al margen del poder judicial se conoce actualmente la mediación prejudicial obligatoria, porque si la mediación logra un acuerdo entre las partes ya no se abre el proceso judicial.

Cuando la ley impone la obligación de acudir a mediación antes de iniciar determinados juicios, nos parece que como mínimo se han de satisfacer dos exigencias:

a) que la etapa mediadora antes de un juicio *no postergue* demasiado tiempo la eventual iniciación del proceso judicial, si es que la mediación fracasa sin llegar a un arreglo de partes, porque una dilación extensa viola el derecho constitucional de acceso rápido a la justicia;

b) que los mediadores, y la propia instancia de mediación, *no dependan de ni pertenezcan a la esfera del poder ejecutivo,* sino que su organización y funcionamiento se radiquen en la órbita misma del *poder judicial* para asegurar la independencia y la imparcialidad en la mediación, y para respetar la división de poderes que prohíbe al ejecutivo toda interferencia en las funciones judiciales (art. 109),

también —a nuestro criterio— en la que por mediación tiene carácter preliminar para acceder a un tribunal.

(Remitimos al Tomo II, cap. XXIV, nos. 11/12).

Una exclusión inconstitucional del libre acceso a la justicia

7. — Personalmente, entendemos que no configura sometimiento voluntario, ni por ende válido, a un sistema sustitutivo del proceso judicial, el que se opera cuando una persona ingresa a una asociación cualquiera que entre sus cláusulas estatutarias contiene la prohibición de acudir a la justicia en las controversias recíprocas. Reglamentaciones de ese tipo no constituyen, para quienes se afilian a la entidad en la que rigen, una renuncia libremente pactada y son, por eso, *inconstitucionales.*

Es así porque, aun cuando el ingreso o la afiliación a la asociación sean libres y voluntarios, esa renuncia a la justicia no queda consensuadamente convenida y pactada en pie de igualdad y con plena voluntad, sino impuesta unilateralmente por la asociación: o se entra a ella acatando tal cláusula, o no se ingresa y, en este último caso, el derecho de libre asociación queda inconstitucionalmente condicionado por la violación de otro derecho de similar rango constitucional: el derecho a la jurisdicción, cuyo ejercicio no tolera ser impedido compulsivamente.

II. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La creación y composición de la Corte Suprema

8. — La constitución ha establecido una *Corte Suprema de Justicia,* cuya composición no fija directamente. Ello es competencia legal. Pero sí fija las condiciones para ser *miembro* de ella: a) ser abogado de la nación con ocho años de ejercicio; b) tener las calidades requeridas para ser senador. Estos requisitos del art. 111 no pueden, a nuestro criterio, ser ampliados —pero tampoco restringidos— por ley.

Los *ocho años de ejercicio* no deben interpretarse como de ejercicio de la profesión liberal correspondiente al abogado; puede bastar el ejercicio en cualquier cargo, función o actividad —públicos o privados— que exigen la calidad de abogado. Y aún más, sería suficiente la antigüedad constitucional, reunida desde la obtención del título habilitante, aunque no existiera ejercicio de la profesión o de cargos derivados de ella.

El juramento de sus miembros

9. — En la primera instalación de la Corte, sus miembros debían prestar *juramento* en manos del presidente de la república, de desempeñar sus obli-

gaciones bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la constitución. En lo sucesivo, dice el art. 112, lo prestarían ante el presidente de la misma Corte.

Cada vez que se ha renovado íntegramente la composición de la Corte, ha vuelto a prestarse el juramento ante el presidente de la república.

El sentido institucional de la Corte Suprema

10. — La Corte es el órgano supremo y *máximo* del poder judicial. Es *titular* o cabeza de ese poder, como el presidente lo es del ejecutivo, y el congreso del legislativo. Sólo que mientras el ejecutivo es unipersonal o monocrático, y el congreso es órgano complejo, la Corte es: a) órgano *colegiado*, y b) órgano en el cual —no obstante la titularidad— no se agota el poder judicial, porque existe *otros tribunales inferiores* que juntamente con la Corte lo integran en instancias distintas, además de *órganos que no administran justicia* pero forman parte del poder judicial (Consejo de la Magistratura y jurado de enjuiciamiento).

11. — En el *gobierno tripartito* que organiza nuestro derecho constitucional del poder, la Corte también *gobierna*, o sea, comparte dentro del poder estatal las funciones en que ese poder se exterioriza y ejerce. Y las comparte reteniendo *una* de ellas, que es la *administración de justicia*.

Por integrar el gobierno federal como titular del poder judicial, la Corte *debe residir en la capital federal* conforme a lo prescripto por el art. 3º de la constitución.

La Corte *gobierna*, en el sentido de que integra la estructura triangular del gobierno, pero no en el de apoyar o combatir hombres o ideas que ocupan el gobierno en un momento dado. La Corte toma a los otros departamentos del gobierno *impersonalmente*, como órganos-instituciones y no como órganos-personas físicas. En este concepto científico de la política, la Corte es tan política como políticos son el poder ejecutivo y el congreso; todos gobiernan, y gobernar es desplegar política sobre el poder. Pero, en otro sentido, la Corte no es política porque a ella no llegan ni deben llegar programas partidarios, como sí llegan a los poderes que surgen de la elección y de los partidos. La inmunidad de la Corte en esta clase de política ha de ser total, y toda contaminación resulta nociva para su función.

12. — La Corte se ha denominado a sí misma como "tribunal de *garantías constitucionales*", para resaltar la función que, en materia de control constitucional, cumple para tutelar los derechos y garantías personales.

Dentro de este protagonismo, interpreta y aplica los *tratados de derechos humanos,* tengan o no jerarquía constitucional.

Asimismo, en ese campo y en otros, ha invocado y ejercido "poderes *implícitos*" para poner en funcionamiento su competencia.

13. — Parecería sobreabundante ahora trazar linealmente un perfil de la *trascendencia institucional y política* de la Corte Suprema, si es que se hace el seguimiento de sus competencias conforme a la constitución. No obstante, el funcionamiento del tribunal y sus productos inoculados a la constitución material ofrecen ámbito para un resumido panorama.

La síntesis podría esbozarse con una ejemplificación enunciativa. Así, cabe recordar que la Corte:

a) da desarrollo a la *doctrina constitucional* en diversos campos, a medida que sus sentencias despliegan la *interpretación* y la *aplicación* de la constitución;

b) ejerce en instancia última el *control judicial de constitucionalidad,* incluso cuando el derecho provincial discrepa con la constitución; esta especie de "intervención" judicial de la Corte le asigna un papel relevante en el diseño de las políticas estatales, según cuál sea la materia sobre la cual juzga la constitucionalidad de sus contenidos;

c) actúa como *custodio del sistema de derechos:*

d) vigila que los *tratados internacionales no se violen,* ni por acción ni por omisión, para resguardar la responsabilidad internacional del estado que los ha incorporado a nuestro derecho interno;

e) tiende a *concertar armoniosamente las competencias federales y las provinciales* para evitar la pugna entre unas y otras;

f) integra los *vacíos normativos* de la constitución y del derecho infraconstitucional, y confiere *desarrollo y contenidos* a las normas que, por su generalidad y apertura, requieren irse completando;

g) controla la *correcta aplicación del derecho,* especialmente cuando se hace cargo de las sentencias arbitrarias dictadas por tribunales inferiores —sean federales o locales—;

h) ejerce —según ya lo dijimos— un "poder" del estado, por lo que comparte el gobierno en orden a las competencias que le son propias; o sea, es "tribunal" y es "poder".

14. — Por supuesto que en la precedente demarcación de roles, y aun cuando admitimos los *poderes implícitos* de la Corte, hemos de dar por cierto que su actuación queda enmarcada siempre en el área de sus competencias. Asimismo, en todo el devenir de sus aportaciones constitucionales, hay que destacar que algunas han sido y son positivamente valiosas, en tanto otras no y, en este último caso, ha lucido y luce la propensión a satisfacer fuertes liderazgos ocasionales del poder ejecutivo según los presidentes de la república de turno, y el compromiso —no siempre imparcial— con las políticas oficiales a las que la Corte ha conferido apoyo.

Todo este paisaje exige avanzar en el desglose de temas que iremos abordando en los restantes capítulos dedicados al poder judicial y la administración de justicia.

La "supremacía" de la Corte "Suprema"

15. — Que la Corte se llame por imperio de la constitución *Corte "Suprema"* sólo significa que es el *máximo y último tribunal* del poder judicial, al modo como el mismo texto constitucional denomina al presidente de la república "jefe *supremo*" en cuanto jefe del estado. O sea que en el orden interno no hay otro tribunal superior.

Cuando se dice que el acatamiento que Argentina ha hecho de la *jurisdicción supraestatal* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ratificó en 1984 el Pacto de San José de Costa Rica, es inconstitucional porque nuestra Corte deja de ser "Suprema" en la medida en que un tribunal supraestatal como el antes mencionado puede "revisar" sus sentencias, se incurre en error. En efecto, por un lado no interpretamos que lo que puede hacer y hace la Corte Interamericana sea una "revisión" de lo decidido por la Corte argentina; (ver cap. LI); por otro lado, el calificativo de "Suprema" que a ella le adjudica nuestra constitución debe entenderse referido a la *jurisdicción interna,* como órgano máximo que en ella encabeza al poder judicial. (Ver nº 10).

16. — El principio acuñado en el derecho judicial de la Corte cuando sostiene que sus *sentencias* no son susceptibles de recurso alguno porque son irrevisables ofrece dos perspectivas: a) en una, la propia Corte admite con muy severa y estricta excepcionalidad que ella pueda revisar sus propias sentencias cuando se demuestra con nitidez manifiesta un error que quien recurre esa sentencia pretende subsanar; b) en otra, hay que entender —a nuestro criterio— que el principio de irrevisabilidad se ciñe a las sentencias únicamente, y no cabe extenderlo generalizadamente a otra clase de decisiones que no son sentencias.

La "división" de la Corte en "salas"

17. — Estando directamente establecido por la constitución un órgano judicial *máximo* como *Corte Suprema,* y surgiendo su com-

petencia también de la constitución, entendemos que la Corte *no puede ser dividida en salas.* Ello equivaldría a que sus sentencias fueran dictadas por una sala, y no por el *tribunal en pleno.*

Admitimos que la ley fije el número de miembros de la Corte —porque así lo permite la constitución—; pero una vez fijado, el cuerpo así constituido es *"la Corte* de la constitución", y como tal cuerpo —o sea, *en pleno*— debe fallar las causas que por la constitución (y por la ley en consecuencia de la constitución) le toca resolver dentro de su competencia.

Nada de lo dicho significa que la totalidad de sus miembros deba coincidir en una decisión única, porque basta que ésta surja del quorum de más de la mitad (sobre cinco, tres; y —actualmente— sobre nueve, cinco).

El presidente de la Corte Suprema

18. — Dos veces hace referencia la constitución al *presidente* de la Corte Suprema: en el art. 112 (disponiendo que después de la primera instalación, los miembros de la Corte prestarán juramento ante el presidente del tribunal), y en el art. 59 (disponiendo que cuando el acusado en juicio político sea el presidente de la república, el senado será presidido por el presidente de la Corte).

Es obvio que ese presidente debe ser *uno de sus miembros.* Si bien, como "juez" que es, su designación de juez emana del poder ejecutivo con acuerdo del senado, la constitución no dice, en cambio, quién le asigna el cargo y el título de presidente de la Corte.

Su nombramiento

19. — Nuestra *práctica constitucional* ha conocido dos soluciones. Podemos observar que *hasta 1930,* esa práctica ejemplarizó la designación del presidente de la Corte por el presidente de la república. *Desde 1930,* se rompe con el largo precedente, y el presidente de la Corte es nombrado por la Corte misma, o sea, por designación que deciden los jueces que la forman. Esta nos parece que es la solución correcta.

Su renuncia

20. — Si la designación de un juez de la Corte como presidente de la misma debe emanar del tribunal y no del poder ejecutivo, la *renuncia* como presidente ha de elevarse a la propia Corte y debe ser resuelta por ella, sin perjuicio del trámite diferencial que corresponde en caso de renuncia simultánea como miembro del cuerpo.

La actividad de la Corte Suprema que no es judicial

21. — Dentro de la estructura del poder judicial, la Corte Suprema inviste algunas atribuciones *no judiciales*. La propia constitución le adjudica en el art. 113 la de dictar su reglamento interno y la de nombrar a sus empleados subalternos.

Con la reforma de 1994, que al crear el Consejo de la Magistratura en el art. 114 le ha asignado algunas competencias no judiciales hasta ahora ejercidas por la Corte, se plantean dudas e interrogantes que no siempre resulta fácil esclarecer. Abordaremos el tema en el cap. XLIII.

22. — El derecho judicial de la Corte acuñó la pauta de que las decisiones adoptadas por ella en ejercicio de facultades de superintendencia no son revisables judicialmente. En aplicación de esta jurisprudencia, la misma Corte invocó el entonces art. 99 de la constitución (ahora art. 113) para decir que desde el punto de vista institucional no convenía que jueces inferiores revisaran lo decidido por el alto tribunal en materia de superintendencia.

III. LA INAMOVILIDAD DE LOS JUECES

Su alcance

23. — La constitución histórica de 1853-60 consagró para todos los jueces del poder judicial federal la *inamovilidad vitalicia* mientras dure su buena conducta en el art. 96, que se mantiene como art. 110.

A veces se interpreta que la inamovilidad ampara únicamente contra la "remoción", que es la violación máxima. Sin embargo, la inamovilidad resguarda también la "sede" y el "grado". Un juez inamovible no puede ser trasladado sin su consentimiento (ni siquiera dentro de la misma circunscripción territorial), ni cambiado de instancia sin su consentimiento (aunque significara ascenso). Y ello porque su nombramiento lo es para un cargo judicial determinado, y ese status no puede ser alterado sin su voluntad.

De este modo, la inamovilidad vitalicia se integra y complementa con la inamovilidad en el *cargo* ocupado y en el *lugar* donde se desempeña.

24. — Cuando afirmamos que es necesario el consentimiento del juez para su promoción a un grado superior o su traslado a una sede distinta, no queda todo dicho. Ese consentimiento es imprescindible, pero hace falta algo más: que *el senado preste acuerdo* para el nuevo cargo.

Tenemos ya expuesto que el nombramiento de los jueces por el poder

ejecutivo con acuerdo senatorial exige que "cada" acuerdo acompañe a "cada" cargo. Quien está desempeñando uno con acuerdo del senado, y presta su consentimiento para ser transferido a otro, requiere un nuevo acuerdo, porque la voluntad del juez no suple ni puede obviar la intervención del senado. Si así no fuera, bastaría la concurrencia de la voluntad del ejecutivo y la del juez, con salteamiento de la competencia senatorial. (Ver cap. XXXVI, nº 7 c), y cap. XXXVIII, nos. 84/85).

La *constitución material* ofrece discrepancias con nuestro criterio.

25. — Actualmente, el art. 99 inc. 4º ha establecido en su párrafo tercero un *término* al desempeño de los jueces inferiores a la Corte *en razón de su edad:* al cumplir setenta y cinco años cesan, salvo que recaiga un nombramiento nuevo precedido del acuerdo del senado; la nueva designación de magistrados cuya edad sea la indicada u otra mayor se puede hacer por cinco años, susceptibles de repetirse indefinidamente mediante el mismo trámite.

Véase lo que decimos en el cap. XXXVIII, nos. 81/82.

La inamovilidad de los jueces provinciales

26. — Establecida en la constitución federal la inamovilidad de los jueces federales, hay que enfocar la situación en las constituciones provinciales cuando, para sus respectivos jueces locales consagran, en vez de inamovilidad permanente, designaciones temporales con inamovilidad limitada al lapso de esas designaciones.

Puede manejarse una doble perspectiva: a) hay quienes sostienen que la garantía de inamovilidad vitalicia que para los jueces federales consagra la constitución federal es un "principio" de organización del poder que, en virtud de los arts. 5º y 31, obliga a las provincias a adoptarlo en sus constituciones para los jueces locales; en esta interpretación, las designaciones periódicas de jueces provinciales es reputada opuesta a la constitución federal y, por ende, inconstitucional; b) hay quienes estiman que la inamovilidad implantada por la constitución federal se limita a los jueces federales, y que la autonomía provincial para organizar los poderes locales permite a las constituciones locales apartarse de ese esquema federal, y adoptar otro (por ej., el de designación temporal o periódica, con inamovilidad restringida a la duración de tal designación).

Nuestro punto de vista es el siguiente: a) la inamovilidad vitalicia de los jueces provinciales no viene impuesta por la forma republicana, ni por la división de poderes, ni por la independencia del poder judicial; b) cuando aquella inamovilidad es establecida por la constitución federal para los jueces federales no cabe interpretar que se trate de un principio inherente a la organización del poder que deba considerarse necesariamente trasladado por los arts. 5º y 31 a las constituciones de provincia, ni que éstas deban necesariamente reproducirlo

para su poder judicial local; c) no obstante, una perspectiva dikelógica ha de reputar preferible y más valiosa la inamovilidad vitalicia de los jueces provinciales que la inamovilidad durante períodos de designación temporaria o periódica, por lo que vale recomendar que las provincias cuyas constituciones no prescriben la inamovilidad vitalicia, reformen y sustituyan el mecanismo de los nombramientos temporales o periódicos.

IV. OTRAS GARANTIAS

El sueldo

27. — El art. 110 dispone que la remuneración de los jueces es determinada por la *ley*, y que *no puede ser disminuida* "en manera alguna" mientras permanezcan en sus funciones.

Conviene comparar esta norma con las otras que en la propia constitución prevén las remuneración de los legisladores, del presidente y vice, y de los ministros del poder ejecutivo. Para los legisladores, el art. 74 no prohíbe que su dotación sea aumentada ni disminuida; para el presidente y vicepresidente, el art. 92 dice que su sueldo no podrá ser "alterado" en el período de sus nombramientos (lo que impide aumentar y rebajar); para los ministros, el art. 107 consigna que su sueldo no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio.

Sin conceder excesiva importancia a las palabras, ha de apreciarse que, para los jueces, el art. 110 estipula que su remuneración (que la norma llama "compensación") no podrá ser disminuida *en manera alguna;* esta expresión no figura en las disposiciones mencionadas sobre otro tipo de retribuciones; tampoco aparece la prohibición de "aumentar" el sueldo de los jueces, todo lo cual permite interpretar que, para el caso, el art. 110 acusa cierta diferencia de redacción respecto de los artículos similares.

a) En primer lugar, es indudable que si es la ley la que fija la retribución de los jueces, el no poder disminuirla "en manera alguna" tiene el sentido de *prohibir las reducciones nominales por "acto del príncipe"*, o sea, las que dispusiera una ley. Por supuesto que si la ley no puede hacer tales reducciones, mucho menos puede hacerlas cualquier otro órgano del poder.

b) En segundo lugar, una interpretación dinámica de la constitución exige que la prohibición de disminución "en manera alguna" se entienda referida no sólo a las mermas nominales o por "acto del príncipe", sino a toda otra que, proveniente de causas distintas, implica *depreciación del valor real* de la remuneración —por ej., por inflación—. De tal modo, la garantía de irreductibilidad resguarda

también toda *pérdida de ese valor real en la significación económica* del sueldo.

28. — La Corte Suprema ha establecido que la intangibilidad de los sueldos de los jueces es *garantía de independencia del poder judicial,* y que no ha sido establecida por razón de la persona de los magistrados, sino en mira a la institución de dicho poder.

En el caso "Bonorino Peró c/Estado Nacional", fallado el 15 de noviembre de 1985, la Corte interpretó que la prohibición de disminuir "en manera alguna" las remuneraciones, aparte de vedar la alteración nominal por "acto del príncipe", impone la obligación constitucional de *mantener* su significado económico y de *recuperar* su pérdida cada vez que ésta se produce con intensidad deteriorante.

Asimismo, sostuvo que la referida intangibilidad es una condición de la administración de justicia que resulta exigible a las *provincias* a los fines del art. 5º de la constitución. (Ver nº 30).

En el citado caso, la Corte hizo lugar a la actualización de los sueldos, reclamada mediante acción de amparo por jueces federales que alegaron disminución emergente de la depreciación monetaria.

29. — Queda por descifrar si la garantía de irreductibilidad de las remuneraciones impide que éstas soporten deducciones por aportes jubilatorios, cargas fiscales, o cualquier otro concepto que, *con generalidad,* obliga a los habitantes.

Estamos seguros de que ninguna de tales reducciones viola al art. 110, y que los *jueces están sujetos a soportarlas como cualquier otra persona,* pues de lo contrario se llegaría al extremo ridículo de tener que eximirlos de todo gasto personal para que su sueldo no sufriera merma —y, por ej., hasta habrían de disfrutar de los servicios públicos sin abonar la tasa correspondiente—.

De ahí que reputemos equivocada la jurisprudencia que los ha exonerado de tributar el impuesto a los réditos (o ganancias).

30. — La proyección de la garantía del art. 110 a favor de *jueces provinciales* surge del derecho judicial de la Corte.

Esto no significa que el art. 110 se traslade con el rigor textual de su letra al ámbito provincial, pero sí que el "*principio* de intangibilidad" de las retribuciones de los jueces no puede ser desconocido en su contenido esencial por el derecho provincial, con

independencia de lo que cada constitución local establezca. La sustancia de aquel principio debe preservarse dentro de las modalidades propias del derecho provincial.

Las incompatibilidades

31. — La constitución no contiene más disposición sobre incompatibilidad que la del art. 34, que prohíbe a los jueces de las cortes federales serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia. Pero se encuentra tan consustanciada la incompatibilidad de otras actividades con el ejercicio de la función judicial, que la ley no ha hecho más que recepcionar una convicción unánime: los jueces no pueden desarrollar actividades políticas, administrativas, comerciales, profesionales, etc., ni tener empleos públicos o privados. Por excepción, pueden ejercer la docencia, y realizar tareas de investigación y estudios.

No hay que ver estas incompatibilidades como "prohibiciones" dirigidas a la persona de los jueces para crearles cortapisas en sus actividades, sino como una "garantía" para su buen desempeño en la magistratura y para el funcionamiento correcto e imparcial de la administración de justicia.

V. LAS FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL PODER JUDICIAL

Su noción

32. — El poder disciplinario de los jueces tiene múltiples perspectivas, que admiten diversidad de visiones.

a) Una abarca a los *funcionarios y empleados del poder judicial;*

b) otra se dirige a ejercerlo sobre las *partes en el proceso,* comprendiendo a los justiciables y a los profesionales que intervienen en él;

c) otra atiende a la propia *dignidad del juez,* para sancionar las ofensas y faltas de respeto hacia él durante el proceso.

33. — Con este deslinde, el panorama puede ser éste:

a) la reforma constitucional de 1994 ha conferido el poder disciplinario *sobre los jueces* al *Consejo de la Magistratura* (art. 114);

b) respecto de los *demás agentes* que componen el personal que se desempeña en los tribunales de justicia, el poder disciplinario incumbe a cada uno de éstos respecto de su elenco.

c) no hay disposiciones expresas en la constitución acerca del poder disciplinario del Consejo de la Magistratura para su propio personal, ni del Ministerio Público sobre el suyo.

34. — En cuanto al poder disciplinario de los jueces sobre los *abogados,* convendría efectuar un deslinde:

a) para lo que llamaríamos *facultades disciplinarias "procesales"* a efectos de sancionar inconductas de los profesionales que intervienen en y durante un *proceso,* nos cuesta declinar su ejercicio por parte del juez o tribunal ante el cual se desarrolla ese proceso; para privarlos de su poder disciplinario en este supuesto, haría falta una ley que así lo dispusiera, pues de lo contrario parece configurar una facultad implícita de cada órgano judicial;

b) para lo que llamaríamos *facultades disciplinarias "profesionales",* el poder disciplinario pertenecería a los colegios de abogados en resguardo de la *ética*.

Todas las dudas en torno del problema provienen de la colegiación obligatoria de los abogados, conforme a la cual el poder disciplinario sobre los matriculados quedaría monopolizado por el respectivo colegio conforme a la ley de su creación.

No obstante, se nos hace difícil sustraer a los jueces el poder disciplinario que hemos denominado "procesal" y que se limitaría a los casos en que el abogado participante en un proceso incurriera en malicia, temeridad o irrespetuosidad, porque en tal hipótesis creemos que el juez ha de disponer de facultades disciplinarias para resguardar la lealtad, la probidad, la buena fe y el orden procesales, así como su personal decoro frente a ofensas o faltas del debido respeto.

Lo que queda pendiente de solución es el deslinde claro entre el poder disciplinario "procesal" de los jueces, y el poder disciplinario "profesional" a cargo de los colegios profesionales.

Cuando sobre la misma conducta se ejercen ambos, se suscita también la objeción de que en el ámbito del poder disciplinario es aplicable el "non bis in idem", conforme al cual no sería posible que a la sanción aplicada por un juez se le añadiera luego otra del colegio profesional, o viceversa.

El derecho judicial en materia de poder disciplinario

35. — a) La Corte ha considerado que la corrección disciplinaria *no* importa el ejercicio de jurisdicción *penal* propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer "penas", como quiera que consiste en prevenciones, apercibimientos, multas y, sólo por excepción, en detenciones. Esta facultad disciplinaria siempre se reputó inherente a los jueces, porque sin ella quedarían privados de autoridad. Se concede para el mantenimiento del orden y decoro en el trámite de los juicios, y es menester la existencia de precepto *legal* que autorice la medida disciplinaria, sin requerirse tipificación concreta de las conductas.

b) La "sanción", máxime si restringe la libertad corporal, requiere estar prevista en *ley* previa (principio de legalidad). La Corte ha sido en esto tan exigente, que ha descalificado una sanción de arresto que en su "modo de cumplimiento" (lugar de la detención) se apartó de lo prescripto en la ley (ver caso "Calomite", fallado el 4 de octubre de 1984). Ver nº 51.

c) La facultad disciplinaria de los tribunales judiciales alcanza también a los *legisladores* que actúan en el proceso, cuyos privilegios e inmunidades ceden ante aquella facultad.

d) En el caso "Falcón Olivera Mario Aníbal", del año 1991, la Corte Suprema se abstuvo de sancionar a un letrado que en causa penal ante su instancia extraordinaria omitió fundar el recurso de queja y, en cambio, puso el hecho en conocimiento del Colegio Público de Abogados de la capital federal que, con fecha 6 de agosto de 1993, ejerció su poder disciplinario aplicando al letrado remiso una sanción. El criterio adoptado en este caso por la Corte parece coincidir, anticipadamente, con el plenario del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la capital federal del 30 de abril de 1993 que resolvió, por mayoría, que la ley 23.187 de colegiación obligatoria ha derogado todas las normas legales anteriores que contienen previsiones sobre el poder disciplinario de los jueces sobre los abogados.

e) No obstante, en la sentencia del 4 de mayo de 1995 en el caso "Del Sel Percy Ramón", la Corte deslindó las facultades disciplinarias de los jueces y las del citado Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados, sosteniendo que "las primeras tienen por objeto mantener el buen orden y el decoro en los juicios sometidos a la dirección del juez interviniente, mientras que las segundas persiguen un objetivo más amplio que es el de asegurar el correcto ejercicio de la abogacía en todos los ámbitos de la actuación profesional".

Este criterio asume el que hemos postulado en el nº 34

f) La Corte tiene establecido que si bien es exigible una instancia judicial de revisión para el caso de *correcciones disciplinarias* dispuestas por órganos ajenos al poder judicial cuando ejercen funciones jurisdiccionales-adminitrativas, tal principio no se aplica si las facultades de referencia son ejercidas por tribunales de justicia, a menos que se hayan adoptado sin sujeción a las formas regulares y básicas del debido proceso. Tal lo que como excepción sostuvo en el caso "Rodríguez Varela Florencio" del 23 de diciembre de 1992, al acoger la declaración de nulidad de una anterior resolución suya del año 1984 que había dispuesto el cese del actor como secretario letrado del tribunal. (Ver nº 51).

VI. LA UNIDAD DE JURISDICCION

Su alcance

36. — Nuestro derecho constitucional acoge el principio que, en Italia, Biscaretti llama de la *"unidad de jurisdicción"*, que consiste en que: a) la administración de justicia está a cargo *exclusivamente*, y para todos los justiciables, de los órganos (tribunales) del *poder judicial;* b) hay una jurisdicción judicial *única* para todos; c) por ello, existe simultáneamente la *igualdad de todos los justiciables ante la jurisdicción* (única y la misma para todos); d) esa jurisdicción judicial "única" es ejercida por tribunales que deben revestir el carácter de *jueces naturales.*

37. — No obstante estar abolidos los jueces ex post facto o "ad personam", pueden subsistir con determinadas condiciones las llamadas "jurisdicciones *especiales*" (no judiciales) que aplican su competencia a *determinadas materias* —por ej. fiscal, administrativa, militar, etc.—.

Admitir jurisdicciones "especiales" fuera del poder judicial parecería desmentir el principio de *unidad* de jurisdicción, desde que la jurisdicción judicial no sería la única. Sin embargo, la unidad de jurisdicción se salva en nuestro derecho constitucional porque las decisiones de las jurisdicciones especiales deben contar con posibilidad de *revisión (o control) judicial* suficiente, lo que en definitiva reenvía la última decisión posible a la jurisdicción judicial.

La jurisdicción militar

38. — Remitimos al capítulo XL dedicado al poder militar, especialmente nos. 3, 16 a 18, y 20.

La jurisdicción administrativa (o administración jurisdiccional)

39. — En nuestro derecho constitucional del poder, la problemática de la "jurisdicción administrativa" como una jurisdicción *especial* —en el sentido de jurisdicción ejercida por órganos que no integran el poder judicial— lleva como de la mano a una problemática harto complicada. Sintéticamente, la podemos plantear en torno de tres aspectos principales: a) la posibilidad constitucional de que existan *tribunales administrativos* con ejercicio de función jurisdiccional para resolver conflictos entre la administración y los administrados; b) la posibilidad de que cualquier órgano de la administración (sin estructura de "tribunal" administrativo) ejercite, dentro de su competencia, función *jurisdiccional* (que Marienhoff llama "administración jurisdiccional", y que emita actos administrativos con contenido jurisdiccional); c) la posibilidad de que existan *tribunales administrativos* con ejercicio de función jurisdiccional para resolver conflictos entre *particulares* (y no ya entre la administración y los administrados).

El ejercicio de la función jurisdiccional por la administración

40. — En el derecho argentino discrepan tres posiciones doctrinarias:

a) una sostiene que, materialmente, *nunca* la administración ejerce funciones jurisdiccionales;

b) otra afirma que, materialmente, *hay* y *puede haber* función jurisdiccional en la administración, pero si se la ejerce se viola el art. 109 de la constitución, o sea que se incurre en *inconstitucionalidad;*

c) la tercera alega que *hay* y *puede haber* función jurisdiccional en la administración, a condición de que cuando se la ejerce resulte posible la ulterior *revisión por un tribunal judicial.*

La jurisdicción "judicial" y la jurisdicción "administrativa"

41. — Bielsa y Marienhoff admiten que la función jurisdiccional se desdobla en *dos:* función jurisdiccional a cargo del "poder judicial" (jurisdicción *judicial*), y función jurisdiccional a cargo de la "administración" (jurisdicción *administrativa*).

La función jurisdiccional a cargo de la administración —sea ejercida por cualquier órgano administrativo, o por un órgano estructurado como cuerpo o "tribunal" administrativo (incluso separado y distinto de la administración activa)— sitúa dentro de la competencia de la administración el ejercicio de funciones *jurisdiccionales* que, según definición de nuestra Corte Suprema, *son similares a las que cumplen los jueces del poder judicial* (o sea, las que en el orden normal de las instituciones incumben a los jueces).

El control judicial sobre la administración jurisdiccional

42. — El derecho judicial derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema enfoca el problema en dos sentidos: a) admite que por esencia o naturaleza (criterio *material* de clasificación de las funciones) a veces la administración ejerce función jurisdiccional, análoga a la que normalmente se asigna al poder judicial; o sea: *hay* función jurisdiccional dentro de la administración; pero b) esa función jurisdiccional a cargo de la administración sólo es *constitucional a condición de que cuando los órganos de la administración obren como jueces haya siempre posibilidad de una instancia de revisión o recurso ante un órgano del poder judicial* (control judicial ulterior suficiente).

43. — El control judicial suficiente significa: a) la posibilidad de interponer *recurso* ante los jueces del *poder judicial;* b) la negación de la competencia administrativa para dictar pronunciamientos finales y definitivos de carácter *irrevisable.*

Existiendo opción inicial para escoger entre una vía administrativa y otra judicial, es constitucionalmente válido que el uso de la vía administrativa por

elección de instancia de parte cierre ulterior y totalmente el empleo de la vía judicial.

Control "suficiente" quiere decir revisión que abarque no sólo el *derecho* aplicable, sino también los *"hechos" y la "prueba" del caso* al que ese derecho se aplica.

La mera facultad de deducir *recurso extraordinario* contra la decisión jurisdiccional de la administración (basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad) no satisface el requisito del control judicial suficiente, porque la revisión por recurso extraordinario está limitada a una materia restringida; pero tal recurso procede para que la Corte resuelva que es inconstitucional la inexistencia de revisión por un tribunal judicial.

44. — El principio constitucional que exige posibilidad de revisión judicial de las sentencias y resoluciones jurisdiccionales de tribunales y organismos administrativos no se limita al ámbito federal, sino que *obliga también a que las provincias* habiliten aquella revisión respecto de las decisiones jurisdiccionales que en su ámbito dictan tribunales administrativos y organismos de la administración provincial.

45. — Es importante destacar que la revisión por los tribunales judiciales rige con más razón contra decisiones jurisdiccionales de la administración que aplican *sanciones privativas de la libertad corporal* por faltas o contravenciones.

En tal sentido, la Corte ha dicho "que admitir que el poder administrador o sus dependencias puedan privar de la libertad a las personas durante prolongado tiempo mediante resoluciones no revisibles por los tribunales de justicia, importaría aceptar que se despoje a éstos de una facultad que la constitución nacional ha querido reservarles especialmente".

46. — La posible *aplicación* de sanciones en sede administrativa por faltas y contravenciones exige, además del control judicial posterior, que: a) haya "ley" previa estableciendo la infracción y la sanción; b) en el enjuiciamiento se respete el debido proceso.

47. — Para las sanciones de *privación de libertad* que aplican órganos administrativos, ver Tomo II, cap. XXIV, nº 48 c), y cap. XXVIII, nºs 16/17.

Para el *arresto* dispuesto por las *cámaras del congreso* respecto de terceros, ver en este Tomo: cap XXXII, nº 38 c).

48. — Trasladando estas nociones a la problemática planteada

en el nº 39 podemos dilucidarla así:

a) la función jurisdiccional es ejercitable *materialmente* tanto por el poder judicial (jurisdicción *judicial*) como por la administración (jurisdicción *administrativa*). En este último caso, se trata de una jurisdicción *especial,* al margen del poder judicial.

b) La prohibición constitucional del art. 109 *impide* al *presidente* de la república (o poder ejecutivo) ejercer las funciones *judiciales* que son propias del poder judicial. Pero no veda la función jurisdiccional a cargo de órganos administrativos, siempre que la decisión que recaiga sea susceptible de revisión *judicial* suficiente, y no implique imposición de penas.

c) El ejercicio de función jurisdiccional por parte de la administración debe reservarse, como principio, para resolver controversias entre la *administración* y los *administrados* en causas regidas por el derecho administrativo.

La objeción de que las causas en que es parte "la nación" deben asignarse al poder judicial de la nación (según el art. 116 porque ser "parte" la administración parece equiparable a serlo "la nación") se salva cuando ese poder judicial interviene por lo menos *una vez,* con control suficiente, en la instancia de revisión o recurso (contra el pronunciamiento de naturaleza jurisdiccional emitido por un órgano de la administración).

d) Los diferendos *entre particulares* (y no entre la administración y los administrados) que se rigen por el derecho común (y no por el derecho administrativo) no deben como principio someterse totalmente a organismos administrativos. Cuando por *excepción* ello acontece, debe existir la posibilidad de control judicial ulterior y suficiente, sobre los hechos y el derecho.

49. — Personalmente, compartimos los enfoques que desarrollamos en los nºs. 41 a 46.

50. — Bien que el control judicial suficiente ha sido declarado necesario por la Corte respecto de la actividad *"jurisdiccional"* de la administración, el principio tiene extensión —según su propia jurisprudencia— a *todos los actos administrativos* (aunque no sean "jurisdiccionales") que producen efectos jurídicos directos con relación a los administrados o a terceros destinatarios de ellos.

51. — La revisión judicial procede también —a nuestro juicio— respecto de la actividad "administrativa" del *congreso* y del propio *poder judicial,* alcanzando —pese a jurisprudencia divergente— a

las resoluciones de los tribunales judiciales que en ejercicio del poder disciplinario aplican sanciones a sus agentes. (Ver nº 35 f).

Los tribunales municipales de faltas

52. — El auge del municipalismo autonómico incita a hacer una breve referencia a la justicia municipal de faltas.

El novísimo constitucionalismo provincial acusa la tendencia a conferir a los municipios la competencia para dictar códigos municipales de faltas y para crear la justicia municipal de faltas.

Somos partidarios de que la justicia municipal de faltas integre el *poder judicial,* o sea, que quede fuera de la administración municipal y que esté a cargo de *tribunales judiciales.*

Para ello, pensamos estas alternativas: a) que la constitución provincial lo disponga directamente; o, b) que deje a la legislación provincial la opción de organizar la justicia municipal de faltas en jurisdicción administrativa o en jurisdicción judicial.

En cuanto a la *ciudad autónoma de Buenos Aires,* la ley 24.588 no ha definido con claridad la ubicación, porque su art. 8º solamente señala que tendrá facultades propias de *jurisdicción* en materia *contravencional y de faltas,* sin especificar si tal "jurisdicción" habrá de ser administrativa o judicial. Dada la ambigüedad normativa, creemos que ha de ubicarse a tal jurisdicción en el área del poder judicial a que se refiere el título quinto del Estatuto Organizativo de la ciudad.

VII. LOS JUECES DE LA CAPITAL FEDERAL

La situación antes y después de la reforma constitucional de 1994

53. — El poder judicial de la capital federal suscitó originariamente un problema: saber si por la índole federal del territorio capitalizado los jueces integraban o no el poder judicial "de la nación", o sea, el poder judicial federal.

En un comienzo tuvo auge la noción de una dualidad: a) jueces "de la *constitución*" (o jueces federales), y b) jueces "de la *ley*" (o jueces "ordinarios"). Se trasladaba así, a nuestro juicio erróneamente, la división que siempre se aceptó en las provincias, donde hubo y hay jueces federales con la competencia específica que deriva del ex art. 110 de la constitución (ahora art. 116), y jueces provinciales conforme a la constitución y las leyes de cada provincia, con competencia que habitualmente se ha denominado "ordinaria" o común.

La razón de esa existencia en las provincias de una justicia propia de cada una de ellas y una justicia federal, no concurría en la capital federal, que hasta la reforma de 1994 fue un territorio íntegramente federalizado y sujeto a jurisdicción federal, por lo que sus jueces habían de considerarse *jueces del poder judicial federal* (aun cuando la competencia se les distribuyera según la materia, y hubiera jueces con competencia similar a la de los jueces federales en las provincias, y otros equivalentes a los propios de la justicia "ordinaria").

54. — Posteriormente, se generalizó la tesis correcta de que *todos los jueces de la capital federal formaban parte del poder judicial federal,* que contó con el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En el vocabulario, y sin quebrar esa unidad, se distinguió —no obstante— la categoría de una justicia federal en sentido estricto, y la de una justicia "nacional".

55. — La *reforma constitucional de 1994* vino a variar el panorama, y a complicarlo.

En efecto, el *art. 129* adjudica a la *ciudad de Buenos Aires* un status autonómico, con facultades de legislación y de *jurisdicción.* O sea, que ha de contar con *su propio poder judicial.* Lo indefinido ha sido, conforme al texto, la dimensión competencial de dicho poder judicial local.

La reforma de 1994: los artículos 75 inc. 12, y 129

56. — La *ciudad de Buenos Aires,* en cuanto *capital federal,* ofrece dos caras: a) la propia de la *autonomía de la ciudad,* y b) la propia de su *capitalidad.*

Ya no es un territorio federalizado, sino *sometido parcialmente a jurisdicción federal* en lo necesario para la *garantía de los intereses federales* en la ciudad capital. (Ver Tomo I, acápite V, especialmente nº 39, a y b).

Que ha de haber un poder judicial de la ciudad, es indudable. Lo dudoso es delimitar su competencia, para lo cual la correlación del art. 129 —que prevé facultades de jurisdicción en favor de la ciudad de Buenos Aires— con el art. 75 inc. 12 no es sencilla.

57. — En efecto, el *art. 75 inc. 12* ha mantenido intacta la fórmula del que era art. 67 inc. 11, conforme a la cual *se reserva a las jurisdicciones "locales" la aplicación del derecho común.* La cláusula

respectiva previó y prevé una justicia federal y una justicia provincial en cada provincia, y consigna que los códigos de fondo (o derecho común) *no alteran las jurisdicciones locales* "correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

Es decir que al no haberse modificado este texto en el actual art. 75 inc. 12, la letra de la constitución no incluye allí —de modo explícito— alusión alguna al poder judicial o a la jurisdicción de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

58. — Al entrar a regir la reforma de 1994, no tuvimos de inmediato una visión personal clara del problema como para hacer nuestra interpretación con suficiente certeza. Ahora creemos habernos disipado la duda.

Pese a la ausencia en el art. 75 inc. 12 de toda mención a los tribunales de la ciudad, la ya apuntada compatibilización coherente de dicho artículo con el art. 129 nos lleva a proponer que:

a) el espíritu (o filosofía) de la reserva que en favor de las jurisdicciones provinciales hizo originariamente —y conserva— el ex art. 67 inc. 11 —hoy art. 75 inc. 12— significa que la *justicia federal es de excepción* y recae en razón de lugar, de materia y de partes conforme al actual art. 116, pero *deja fuera de su ámbito al derecho común;*

b) el art. 129 depara a la ciudad de Buenos Aires facultades de *jurisdicción,* para cuyo ejercicio debe tener tribunales propios;

c) si como principio la materia de derecho común evade la jurisdicción de los tribunales federales, no concurre razón para que en la ciudad de Buenos Aires subsistan tribunales federales que la retengan (así se los siga llamando tribunales "nacionales" y no tribunales "federales");

d) se refuerza el argumento de que solamente subsiste jurisdicción federal en la ciudad de Buenos Aires (para legislar, administrar y juzgar) cuando hay que *garantizar* en ella *intereses federales* mientras sea capital federal;

e) no existe ningún interés federal que quede comprometido si las cuestiones de derecho común en la ciudad de Buenos Aires son juzgadas por tribunales de la ciudad, por lo que retenerlas dentro de la jurisdicción de los tribunales federales conspira contra el *carácter*

limitado de la jurisdicción del gobierno federal en el territorio de la misma ciudad;

f) a los efectos de cuanto venimos afirmando, tiene más lógica y sentido común de razonabilidad admitir en favor de la ciudad la analogía de la reserva que para la jurisdicción de los tribunales provinciales contiene el art. 75 inc. 12;

g) sustraer a los tribunales de la ciudad tales cuestiones de derecho común configura una *desigualdad irrazonable* entre sus habitantes y los de las provincias, aspecto éste que de alguna manera roza el derecho de igualdad de todos los justiciables ante la jurisdicción judicial;

h) reducir la jurisdicción de los tribunales de la ciudad sin ningún interés federal que requiera garantía, se nos hace incompatible con la amplitud de la jurisdicción que debe tener el poder judicial de la ciudad si la coordinamos razonablemente con el *régimen de gobierno "autónomo"* definido en el art. 129, porque "gobierno" (autónomo) es abarcativo de las tres funciones clásicas del poder, también de la judicial; y "autónomo" quiere decir exento de interferencias ajenas irrazonables.

Las restricciones a la jurisdicción judicial

59. — La ya citada ley de garantía de los intereses federales en la ciudad capital (nº 23.548) estipuló en su art. 8º que "la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación", y que "la Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales".

Tan exigua competencia local no se compadece con las interpretaciones que hemos hecho en el nº 58.

No se entiende por qué han de ser jueces del poder judicial federal los que intervengan en la ciudad de Buenos Aires en juicios de divorcio, en procesos penales por delitos comunes, en causas por indemnización de daños, en juicios de filiación y de adopción, en un cobro de pesos, en una ejecución de hipoteca, etc. ¿Qué intereses federales se tutelan? Evidentemente, ninguno, y la mejor prueba es que tales clases de procesos corresponden en las provincias a sus tribunales locales.

La disposición transitoria decimoquinta de la constitución

60. — El cuarto párrafo de esta norma, que forma parte del texto constitucional, establece que "hasta tanto se haya dictado el Estatuto Organizativo (de la ciudad de Buenos Aires) la designación y remoción de los jueces de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las disposiciones de los artículos 114 y 115 de esta constitución".

Acá se somete temporalmente a los jueces de la ciudad (que mientras no se dictara el Estatuto Organizativo serían los que, como parte del poder judicial federal, se hallaban en funciones como jueces "nacionales ordinarios") al régimen instituido para los jueces federales por los arts. 114 y 115. Cumplido ese período transitorio, se daba por supuesto que los jueces de la ciudad ya no serían jueces "nacionales ordinarios" (federales) ni pertenecerían al poder judicial federal, sino jueces locales, y que habría de ser la constitución de la ciudad la que regulara su situación.

Se nos dirá que esta cláusula transitoria no apunta directamente al problema de la dimensión jurisdiccional y competencial de los jueces locales, pero una interpretación de buena fe nos permite comprender que cuando alude globalmente a "los jueces de la ciudad de Buenos Aires" está presuponiendo que: a) en la ciudad sólo habrían de mantenerse los *tribunales federales que, en igualdad con los existentes en las provincias,* son necesarios para ejercer las competencias que por razón de materia, de partes o de lugar surgen del art. 116; b) los llamados tribunales "nacionales ordinarios" de la capital federal habrían de dejar lugar a los tribunales estrictamente locales del poder judicial de la ciudad para resolver todos los procesos excluidos de la jurisdicción federal, o sea, aquéllos regidos por el derecho común y por el derecho propio de la ciudad.

61. — Al haberse desvirtuado esta distribución de justicia federal y justicia local por la ley 23.548, se ha provocado una seria complicación, cual es la de saber si los tribunales "nacionales" subsistentes en la ciudad (que forman parte del poder judicial federal) aplicarán —o no— el Estatuto Organizativo de la ciudad y las normas inferiores emanadas de los órganos de poder locales.

La disposición transitoria séptima

62. — Cuando esta norma dice que mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital, el *congreso* ejercerá en ella las *atribuciones legislativas que "conserve" con arreglo al art. 129,* nos parece lógico interpretar que solamente puede ejercer las que, conforme a dicho art. 129, son necesarias para garantizar los intereses federales.

Por consiguiente, todo lo que "no conserve" el congreso en el marco de aquella limitación, *queda residualmente a favor de la autonomía de la ciudad* (ver cap. XXX, nº 63), de forma que sus facultades de jurisdicción han de ser amplias en todo cuanto no haga falta sustraerle para la citada garantía de los

intereses federales. Y vimos ya que la ley 23.548 no ha respetado ese marco en su art. 8º, por lo que ahora la cláusula transitoria séptima nos ayuda a corroborarlo.

CAPÍTULO XLIII

EL MINISTERIO PUBLICO

I. SU UBICACIÓN CONSTITUCIONAL. - El órgano extrapoderes. - *La teoría del "cuarto poder"*. - II. LA INDEPENDENCIA Y EL CONTROL. - Su significado. - *Autonomía funcional y autarquía financiera*. - La composición del órgano. - La competencia. - Las garantías funcionales.

I. SU UBICACION CONSTITUCIONAL

El órgano extrapoderes

1. — El art. 120 dice así:

"El Ministerio Público es un *órgano independiente* con *autonomía funcional y autarquía financiera*, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.

Está integrado por un *Procurador General* de la Nación y un *Defensor General* de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones."

(La bastardilla es nuestra).

La norma es nueva, porque el texto anterior no traía referencia alguna, ya que el primitivo art. 91 (de 1853) fue modificado en 1860, y así quedaron suprimidas las referencias al número de integrantes de la Corte, y a los dos fiscales que también debían componer el tribunal.

2. — La ausencia de norma constitucional siempre había sido objeto de dudas doctrinarias y prácticas. En el derecho vigente hasta la reforma de 1994 las posiciones podían agruparse así: a) una sostenía que el ministerio público era una "magistratura particular" que *dependía del poder ejecutivo;* b) otra sostuvo

que *formaba parte del poder judicial,* bien que su función no consistía en administrar justicia; c) una tercera la consideró una magistratura que no formaba parte ni del poder judicial ni dependía del poder ejecutivo, o sea, que era un *órgano "extrapoderes"* de naturaleza *colegiada.*

Estas ubicaciones presuntas no quedaron claras ni definitivamente definidas, y eran aproximaciones que en torno de la interpretación del derecho vigente debía efectuar la doctrina. La jurisprudencia de la Corte no alcanzó suficientemente a dilucidar el tema, bien que registró casos que parecían demostrar inclinación a no reconocer la dependencia del ministerio público respecto del poder ejecutivo (así —por ej.— en el caso "Festorazzi" del 7 de setiembre de 1982, la Corte levantó la suspensión que el ministerio de justicia había impuesto a un fiscal federal de cámara).

En el caso "Virgolini, Julio", del 16 de diciembre de 1986, la Corte Suprema sostuvo que los fiscales del Ministerio Público no podían ser enjuiciados penalmente por supuestos delitos contra el honor que acaso derivaran del cumplimiento de funciones que la ley les atribuía específicamente, pues en caso de serlo quedarían menoscabados los intereses generales encomendados como integrantes del citado Ministerio Público (en el caso, un juez había iniciado querella contra un fiscal por estimar calumniosas las expresiones que el segundo había vertido en una comunicación dirigida a la cámara del fuero en ejercicio de su cargo).

3. — En el plano doctrinario y valorativo, estuvimos a favor de la tesis que: a) rechazó que el ministerio público dependiera del poder ejecutivo; b) afirmábamos que era un conjunto orgánico "extrapoderes", como *auxiliar del poder judicial.*

La teoría del "cuarto poder"

4. — El Ministerio Público es el único órgano que, fuera del poder legislativo, del poder ejecutivo y del poder judicial, no aparece "dentro" del sector normativo dedicado a cada uno de esos tres poderes clásicos. Posee una sección normativa especial, no compartida, que es la cuarta, contenida en la segunda parte del texto constitucional (parte orgánica o derecho constitucional del poder).

De ahí que haya doctrina que, después de la reforma de 1994, hable de un "*cuarto* poder", que se agregaría a los otros tres sin insertarse de ninguno de ellos (legislativo, ejecutivo y judicial).

¿Es suficiente que el Ministerio Público cuente con una sección totalmente separada en la "letra" de la constitución para afirmar que es un "cuarto poder" en nuestra estructura de órganos del poder? Personalmente, estamos ciertos que no. Acá, como otras veces, ni la inserción de un órgano dentro del fragmento normativo dedicado a

uno de los tres poderes es indicio único para decir que lo integra (y que no es "extrapoderes"), ni la ubicación "fuera" de los mismos tres poderes da indicio infalible de que es "otro" poder (el cuarto).

5. — Para nosotros, el Ministerio Público, si bien *no forma parte del poder judicial,* es un *órgano auxiliar* que se le adosa como *órgano extrapoderes,* de modo que después de la reforma de 1994, con sección y norma propias, mantiene la naturaleza que habíamos preferido atribuirle desde antes de la reforma. Así, la innovación es solamente normativa: ahora hay en la constitución una norma expresa que regula al Ministerio Público, y es el art. 120; pero no ha cambiado su fisonomía ontológica, ni en sentido orgánico, ni en sentido funcional: es un *órgano extrapoderes al lado del poder judicial.* (Ver nº 6).

No en vano la Acordada 2/97 de la Corte Suprema estableció que el escalafón del poder judicial es independiente del correspondiente al Ministerio Público.

II. LA INDEPENDENCIA Y EL CONTROL

Su significado

6. — Ha sido bueno que quede definida la *independencia funcional* y la *autarquía financiera* del Ministerio Fiscal.

Por razones similares a las que —atendiendo a la fisonomía funcional— expusimos al ocuparnos de la Auditoría General de la Nación y del Defensor del Pueblo, definimos al Ministerio Público como *órgano extrapoderes.* (Ver cap. XLI, nº 1).

Podría suponerse que como *auxiliar del poder judicial* no es, en rigor, un órgano extrapoderes de fiscalización o vigilancia en el sentido político de estos términos y que, más bien, hace parte del poder judicial. No obstante esta apariencia, revista a nuestro criterio una *función social controladora,* desde fuera de los tres poderes clásicos.

a) En un primer sentido al quedar definido con claridad suficiente que no depende del poder ejecutivo, se corta de raíz toda posibilidad de que el ejecutivo interfiera en las funciones del Ministerio Público o, lo que es peor, que le imparta instrucciones a través del Procurador General de la Nación.

Esto tiene trascendencia, porque no es un secreto que el ejecutivo a veces tiene interés en algún proceso judicial. Por ende, si carece de toda relación

jerárquica o funcional respecto del Ministerio Público, los miembros de éste disponen de independencia para cuanto guarde conexión con el control, y quedan exentos de recibir instrucciones.

b) En un segundo sentido, las funciones tradicionales del Ministerio Público —si son bien asumidas y ejercidas— le aparejan otro espacio para el control de constitucionalidad y de legalidad.

c) Si a este aspecto, que podríamos llamar simplemente "institucional" —o sea, en resguardo de las instituciones— se le acopla el control específico en cada proceso, cabe entender que también se fiscaliza por esta vertiente el ejercicio de la administración judiciaria a cargo de los tribunales en la particularidad y las circunstancias de un proceso determinado.

Autonomía funcional y autarquía financiera

7. — La autonomía funcional traza, en primer lugar, una frontera *externa* que impide cualquier injerencia de los otros poderes. En segundo término, implica *internamente* que las relaciones dentro del organismo son conducidas por quien inviste su jefatura máxima, que es el Procurador General, sin perjuicio de lo que sugerimos con el vínculo que, en subordinación hacia él, se da en el Defensor General y el ministerio pupilar a su cargo (ver n$^{os.}$ 10/11).

La *autonomía funcional* —interna y externa— implica *independizar* al Ministerio Público de toda subordinación a cualquier otro poder u órgano del estado. Por ello:

a) jamás el *poder ejecutivo* puede impartirle instrucciones o mandato de índole alguna;

b) no ha de estar funcionalmente sometido a control administrativo alguno por parte del *Consejo de la Magistratura;*

c) no procede que dicho *Consejo* dicte reglamentos para el Ministerio Público, ni ejerza sobre sus miembros las facultades disciplinarias que inviste sobre los magistrados, ni siquiera si a aquéllos se los equipara con éstos;

d) las políticas y las reglamentaciones para el funcionamiento del Ministerio Público deben ser adoptadas por el *propio órgano;* según su naturaleza y área, por el Procurador General o por el Defensor General; o unitariamente por ambos de común acuerdo.

8. — La *autarquía financiera* parece indicar que la ley de presupuesto debe asignarle los recursos en forma separada, y que el mismo Ministerio Público tiene a su entera disposición la administración de los mismos.

En este aspecto, creemos que en virtud de tal asignación de fondos públicos está sujeto a los controles que prevé el art 85 de la constitución a cargo del congreso y de la Auditoría General de la Nación.

De lo que estamos ciertos es de esto: la autarquía financiera no tolera que el *Consejo de la Magistratura* se inmiscuya en el uso de los recursos pertenecientes al Ministerio Público, ni aun en el supuesto de que el presupuesto de éste quede incluido en el del poder judicial.

En consecuencia, no ha de quedar sometido a ningún órgano como no sea él mismo. Tal sujeción se produciría si el Consejo de la Magistratura fuera el que dispusiera la adjudicación de los fondos o, no siéndolo, fuera el controlador de su destino.

9. — No vemos inconveniente en que el *Procurador General,* no obstante la autonomía del Ministerio Público que encabeza, pueda integrar la Corte Suprema para ejercer las funciones siempre que le han sido clásicas. En efecto, la separación entre órganos independientes no hace de obstáculo, y lo comprobamos cuando el art. 114 define la integración del Consejo de la Magistratura con representaciones ajenas al poder judicial.

En cambio, la autonomía funcional del Ministerio Público es óbice para que los jueces y tribunales del poder judicial ante los que actúan sus integrantes les impartan instrucciones u órdenes.

La composición del órgano

10. — El art. 120 solamente menciona a dos de sus funcionarios: el *Procurador General de la Nación* y el *Defensor General de la Nación.* Todo lo restante queda derivado a la ley. Es una de las aperturas que debe cerrarse obligadamente por el congreso mediante su reglamentación.

Que el art. 120 individualice al Procurador General y al Defensor General no puede interpretarse como definición de un órgano bicéfalo. Damos por cierto que la ley debe desglosar el ámbito propio de cada uno, y considerar que la *cabeza* del Ministerio Público es *única* y se sitúa en el *Procurador General de la Nación.* El Defensor General ha de depender de él, y tener a su cargo el área que hasta ahora conocíamos como propia de los defensores oficiales —de pobres, de menores, de incapaces y de ausentes—.

11. — La doctrina predominante, en discrepancia con nuestro enfoque, considera que el Ministerio Público es *bicéfalo* y que, por ende, hay en él dos líneas jerárquicas independientes. Por supuesto que el criterio que subordina el Defensor al Procurador hace difícil coordinar tal jerarquía con la necesidad de que el ministerio pupilar (con jefatura en el Defensor General) pueda desempeñar sus funciones sin excesivas directrices del Procurador General, pero pensamos que no es imposible aunar en unas pocas instrucciones —generales, o particulares para uno o más casos determinados— la unidad de criterio lineal, de forma que el Defensor disponga del mayor espacio propio para presidir al conjunto, también jerárquico, de asesores y defensores del ministerio pupilar.

De todos modos, al no estar tajantemente definido el problema en el art. 120, nuestra sugerencia no alcanza para hacer oposición rotunda a una posible solución diferente en la ley de desarrollo del organismo.

La competencia

12. — Del art. 120 cabe inferir una división en las funciones del Ministerio Público. Estas serían:

a) *promover la actuación de la justicia,* lo que a su vez admite desdoblarse en: a') para incitar la *persecución penal* en los delitos de acción pública; a") para iniciar *procesos no penales* cuando —usando el vocabulario que emplea la norma— es necesario hacerlo en defensa de la legalidad o de los intereses generales de la sociedad;

b) *defender la legalidad en cada proceso judicial* que promueve o en el que interviene;

c) *defender los intereses generales de la sociedad* en iguales oportunidades;

d) *controlar,* desde el ejercicio de las funciones señaladas, a los otros órganos del poder y a los del poder judicial, todo ello en la medida y en el marco que le traza y le delimita su intervención en los procesos judiciales donde la cuestión que se ventila guarda relación con actos u omisiones de dichos órganos o de los particulares; d') ejercer el *control de constitucionalidad* de leyes, normas infralegales, actos y omisiones del poder y de los particulares con igual perfil que el recién descripto;

e) asumir judicialmente las funciones tradicionales del *ministerio pupilar* (defensa oficial de pobres, menores, incapaces, ausentes, etc.; y, en su caso, representación de los mismos).

13. — Por supuesto que el diagrama antecedente deja lugar en

su somero lineamiento para muchas especificaciones. Así, entendemos que en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad el Ministerio Público está habilitado para actuar judicialmente en representación *institucional* del estado; para tutelar el interés público y para velar por el orden público.

En sentido análogo, y por la referencia que hace el art. 120 a la *coordinación con las demás autoridades* cuando alude a la función de promover la actuación de la justicia, cabe afirmar que:

a) esa coordinación no supone recibir instrucciones de ningún otro órgano, sino *acordar* con los otros poderes las políticas generales o particulares a desplegar en la variedad de funciones que incumben al Ministerio Público;

b) por ende, lo que de superposición puede haber entre las suyas y las del Defensor del Pueblo no merece objeción de nuestra parte;

c) se le ha de reconocer *legitimación procesal*, aun sin norma expresa en la constitución o en la ley, a los efectos de todo proceso en el que deba defender la legalidad o los intereses generales de la sociedad, lo que abarca: c') la legitimación para interponer la *acción de amparo* prevista en el art. 43 párrafo segundo, aun cuando allí no se lo consigne expresamente, porque en toda la descripción que hace ese segmento de la norma se alude claramente a intereses generales de la sociedad —como, por ejemplo, es el caso de los derechos de incidencia colectiva—.

14. — Hemos de aclarar que cuando se interpreta que el Ministerio Público queda habilitado para actuar en juicio en "representación *del estado*", se debe entender que:

a) *no* se compatibiliza con la autonomía funcional que le asigna el art. 120 la *representación del estado como "fisco"* en orden a intereses patrimoniales del mismo estado y, *muchos menos*, a') *que a ese fin el poder ejecutivo le imparta* instrucciones o mandato, porque el Ministerio Público no depende de él;

b) los "intereses del estado" cuya defensa le incumbe *son solamente los de naturaleza institucional*, en cuanto se conjugan con los de la sociedad para cuyo bien común público como fin del estado también ha de coadyuvar el Ministerio Público; pero tampoco en este caso puede recibir instrucciones ni mandato del poder ejecutivo.

15. — En cuanto a la titularidad del ejercicio de la *acción pública en material penal*, queda margen para que el Ministerio Público actúe adoptando *criterios razonables de oportunidad* para la promoción de dicha acción.

Las garantías funcionales

16. — El último párrafo del art. 120 impone a la *ley* el deber de respetar las *inmunidades funcionales* y la *intangibilidad de las remuneraciones* de los miembros de la institución. Nada se dice acerca de qué órgano los designa ni del período de desempeño.

Si *independencia funcional* significa "no-dependencia" de subordinado a superior jerárquico, es indudable que el nombramiento, la destitución y las inmunidades funcionales e intangibilidad salarial se conectan indisolublemente entre sí para componer un perímetro de pautas que el congreso tiene que computar ortodoxamente en la ley reglamentaria.

17. — Es escueto el diseño de la norma constitucional. En su contenido mínimo y esencial, lo reputamos *operativo*. No obstante, el ligamen que se traba entre inmunidades funcionales e intangibilidad salarial por un lado, y el régimen de nombramiento, duración en los cargos, y mecanismos de destitución por el otro, nos conduce a esbozar el siguiente esquema:

a) las *inmunidades funcionales* mientras se desempeñan los cargos conviene que se equiparen a las del Defensor del Pueblo que, conforme al art. 86, son las mismas de los *legisladores;*

b) la *remuneración* se ha de igualar a la de los *jueces* en cuya instancia actúa cada uno de los funcionarios del Ministerio Público, o aproximársele mucho;

c) la *intangibilidad* de la remuneración remite a la severa norma del art. 110) que rige para los *jueces;*

d) la *permanencia* en el cargo hace muy conveniente que se identifique con la de los *jueces* o, como mínimo excepcional, que abarque un período suficientemente prolongado pero, d') en esta última hipótesis es menester que la remoción cuente con un mecanismo especial que imposibilite los desplazamientos por motivos políticos, o de oportunidad, o de mera conveniencia;

e) la *designación* también torna indispensable eliminar cualquier clase de influencias políticas o partidistas, a cuyo fin el mejor sistema reenvía al de los *jueces,* en cuyo caso la ley reglamentaria no incurriría en exceso si dispusiera la intervención del Consejo de la Magistratura, pues no juzgamos que el art. 114 lo impida;

f) finalmente, la *destitución* combinada con un régimen de desig-

nación y de permanencia similar al de los *jueces*, habría de tramitarse por un jurado de enjuiciamiento por remisión a los arts. 114 y 115 y, f') de acotarse la duración en las funciones a un lapso fijo, la solución mejor sería asimismo la ya aludida, o una muy semejante;

18. — Cuando con verdad se afirma que no puede haber órgano alguno sin control, se advierte que el procedimiento destitutorio permite hacerlo efectivo en pie de igualdad con el que se ejerce sobre los jueces. Aparte de ello, la autarquía financiera no elude los controles impuestos por el art. 85 (para esto último, ver nº 8).

CAPÍTULO XLIV

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO

I. LOS NUEVOS ÓRGANOS. - Su diseño en los artículos 114 y 115. - La ubicación orgánica y funcional, y la naturaleza de ambos órganos. - II. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. - Su composición. - *El "equilibrio"*. - Las competencias. - *La división del Consejo en salas*. - *La sustracción de competencias a la Corte Suprema*. - El poder reglamentario. - El juicio valorativo sobre las innovaciones en el artículo 114. - El período de "vacatio legis". - Las relaciones entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura. - III. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO Y LA REMOCIÓN DE LOS JUECES. - El artículo 115. - Los diversos aspectos en el procedimiento enjuiciador. - *La competencia para suspender al juez*. - *El plazo para juzgar*. - *El archivo de las actuaciones y su efecto*. - *La reposición del juez suspendido*. - El fallo irrecurrible. - *El sentido de la irrecurribilidad*. - Las cláusulas transitorias sobre la instalación del Consejo de la Magistratura, y las causas por enjuiciamiento político. - *La garantía del juez natural*.

I. LOS NUEVOS ORGANOS

Su diseño en los artículos 114 y 115

1. — En el art. 114 aparece un nuevo órgano, que es el Consejo de la Magistratura.

Dice la norma:

"El Consejo de la Magistratura regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en

el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1) Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2) Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3) Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4) Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados.

5) Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente.

6) Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquéllos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia."

Ante todo, se hace alusión a la *ley* especial que debe regularlo. Es la misma a la que después remite el art. 115 para la determinación de la integración y el procedimiento del *jurado de enjuiciamiento* al que se encomienda la competencia destitutoria de los jueces federales de los tribunales inferiores.

Esta ley requiere sancionarse por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

2. — El art. 115 dispone:

"Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.

Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado."

La ubicación orgánica y funcional, y la naturaleza de ambos órganos

3. — El Consejo de la Magistratura está ubicado normativamente *dentro* de la sección que la constitución dedica al *poder judicial,* así como la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo se sitúan en la sección destinada al poder legislativo, y el jefe de gabinete y los demás ministros en la del poder ejecutivo.

No obstante, de la Auditoría General, del Defensor del Pueblo, del jefe de gabinete y de los ministros hemos sostenido que, no obstante el sector donde los regulan las normas de la constitución, son órganos *extrapoderes.*

Del Consejo de la Magistratura ¿cabe afirmar lo mismo, o no?

Una primera respuesta nos diría que *no forma parte del poder judicial* —y que, por ende, bien podría considerarse también un órgano extrapoderes— porque el art. 108 es terminante cuando establece que "el *poder judicial* de la nación será ejercido por una *Corte Suprema de Justicia* y por los *demás tribunales inferiores* que el congreso estableciere en el territorio de la nación". Esta norma, que no tuvo enmienda alguna en la reforma de 1994, parecería dejar *fuera* del "poder judicial" al Consejo de la Magistratura que, seis artículos más abajo, coloca en el capítulo donde el texto constitucional describe la "naturaleza y duración" del poder judicial.

4. — Nuestra respuesta es ésta: cuando el art. 108 afirma que "el poder judicial será ejercido por una Corte... y los demás tribunales inferiores..." cabe entender que allí la alusión al "poder judicial" no se refiere a la estructura de órganos que lo componen y hacen parte de él, sino a la "*función* de administrar justicia" en las causas que otros artículos asignan a la competencia exclusiva del poder judicial (es decir, de sus tribunales).

Esto nos conduce a reafirmar que *el Consejo de la Magistratura no es un órgano "extrapoderes" que esté fuera del poder judicial, sino que "orgánicamente" lo integra.* No obstante, la "*función* de administrar justicia" en causas de competencia del poder judicial sigue privativamente reservada a la Corte y los tribunales inferiores, según surge del art. 108.

Cuando se repasa cuáles son las competencias de los otros órganos que, como extrapoderes, se hallan insertos en la parte de la constitución que se refiere al

congreso y al poder ejecutivo, notamos alguna diferencia, porque carecen de la fisonomía que adjudicamos al Consejo de la Magistratura.

En efecto, este último —si bien no posee competencias judiciales— inviste otras *no judiciales* (pero inherentes a las judiciales) que, detalladas en el art. 114, pertenecían parcialmente a la Corte y a los restantes tribunales; por ej., la administración de los recursos, las facultades disciplinarias, el dictado de reglamentos.

Tal desglose nos marca las ya referidas diferencias con lo que acontece respecto de órganos que consideramos extrapoderes en relación con el congreso y el poder ejecutivo (Auditoría General, Defensor del Pueblo, jefe de gabinete, y ministros), por lo que seguimos sosteniendo —como lo hicimos en nuestra primera interpretación posterior a la reforma de 1994— que *el Consejo de la Magistratura es un órgano integrado dentro del poder judicial, con competencias (no judiciales) que son propias de dicho poder,* y que antes de la reforma incumbían a los órganos judiciales.

5. — Similar argumentación aplicamos al *jurado de enjuiciamiento* (art. 115) que ha venido a sustituir el enjuiciamiento político por el senado para los jueces de tribunales federales inferiores a la Corte.

6. — De todas maneras, si cabe hablar de una "jefatura" o cabeza del poder judicial, ella sigue a cargo de la *Corte Suprema.* El Consejo de la Magistratura —dentro del mismo poder judicial— no viene a ser un órgano que, al estilo de los que son "extrapoderes", se le aproxima, lo auxilia, y coopera, sino un órgano "dentro" del poder judicial con funciones "*no* judiciales" que —no obstante— pertenecen también al poder judicial.

Lo opinable y difícil de este diseño se advierte no bien se toma en cuenta la pluralidad de enfoques —muchos dispares— que la doctrina viene haciendo desde la reforma de 1994.

II. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Su composición

7. — El primer párrafo del art. 114 diseña la *competencia* del Consejo con una bifurcación: a) *seleccionar a los magistrados,* y b) *administrar el poder judicial.* Luego vendrá el desglose de las atribuciones, todas vinculadas a esos dos ejes (ver nº 11).

El párrafo segundo traza el lineamiento que ha de tomar en

cuenta el congreso al dictar la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura en lo referido a su *composición.*

En primer lugar, el *desempeño* de sus miembros es *temporario,* ya que la norma habla de integración *periódica.* En segundo lugar, ordena procurar un *equilibrio* entre las representaciones que invisten los funcionarios del Consejo:

a) representantes de los *órganos políticos* resultantes de elección popular —o sea, del congreso y del poder ejecutivo—;

b) representantes de los *jueces federales* de todas las instancias;

c) representantes de los *abogados* de la matrícula federal; y

d) *otras personas* del ámbito académico y científico.

El número y la forma han de surgir de la ley.

Queda la duda de lo que significa *"representantes* de los *órganos políticos"* (congreso y poder ejecutivo). Puede pensarse que la "representación" no exige indefectiblemente que el Consejo se integre con diputados, senadores, ministros o secretarios del poder ejecutivo, porque también pueden investir calidad de "representantes" otras personas que los órganos políticos designen para ser miembros del Consejo de la Magistratura, desde que el art. 114 no habla de "miembros" de esos órganos.

Cualquiera de las dos soluciones parece aprobar el test de razonabilidad si la ley reglamentaria opta por ella.

El "equilibrio"

8. — La mención del "*equilibrio* entre tales representaciones" es muy importante. El art. 114 dice que el Consejo "será integrado periódicamente *de modo que se procure el equilibrio*" entre las representaciones de sus integrantes. Es la ley especial la que tiene que determinar ese equilibrio.

Lo primero a aclarar es que el equilibrio *no debe ser "periódico" sino permanente;* si fuera periódico significaría que durante un lapso podría prevalecer la representación de los órganos políticos, en el siguiente la de los jueces, en el posterior la de los abogados, para recomenzar de nuevo. Tal supuesto equilibrio no sería equilibrio, porque en cada período habría predominancia de un sector sobre los otros. Equilibrio en la composición quiere decir que *siempre* tiene que existir en la representación temporaria de los sectores componentes del cuerpo.

9. — Cuanto se advierte que en la composición del Consejo hay *integrantes de otros poderes* (ejecutivo y congreso) se ha de dar por cierto que acá la división de poderes anterior a la reforma de 1994 cobra un perfil nuevo, porque ya no se trata de que órganos ajenos al poder judicial invistan alguna competencia que significa una relación interórganos con el poder judicial (por ej., cuando antes el juicio político de los jueces estaba a cargo de las cámaras), sino que en la composición de un órgano perteneciente al poder judicial hay una presencia de representantes de otros órganos. (Ver cap. XXX, nº 41).

Por eso, la noción de equilibrio es relevante, y este equilibrio quedaría roto si por la cantidad de miembros de los órganos políticos de origen popular quedara a merced de ellos una predominancia que neutralizara la representación de los jueces y de los abogados.

10. — Para aproximarnos al sentido del "equilibrio" y superar la ambigüedad del texto constitucional debemos asimismo entender que el equilibrio no depende solamente del número de representantes de cada sector, sino además de quién es el designante de ellos. Si a las personas del ámbito científico y académico las nombrara el congreso o el poder ejecutivo, el equilibrio quedaría perturbado, cosa que no ocurriría si la designación proviniera de las universidades o de las academias nacionales.

Estamos, pues, ante un "equilibrio *institucional*" para el mejor funcionamiento del poder judicial, según las competencias atribuidas al Consejo; y como entre ellas las hay de administración, disciplinarias, de selección y remoción de los jueces, y de reglamentación, quedan en claro por lo menos dos cosas: a) que el equilibrio entre las cuatro representaciones no equivale a la igualdad en la cantidad de cada una; y b) que ese mismo equilibrio impide que por el número y/o el modo de designación de las representaciones políticas la integración y el ejercicio de las competencias del Consejo queden a merced del predominio del ejecutivo, del congreso, o de los partidos políticos.

El Consejo exige *independencia*, y no la tendría si se convirtiera en un organismo instrumentado política o partidariamente para subordinar el poder judicial a los poderes políticos.

Las competencias

11. — Las competencias del Consejo de la Magistratura exhiben diferencias entre sí; tres se refieren directamente a la *formación de los cuadros judiciales;* una al *poder disciplinario;* otra al *poder re-*

glamentario; y otra a la *administración de los recursos económicos.*

a) En cuanto a la *formación de los cuadros judiciales,* posee dos atribuciones: a') realizar los *concursos públicos* para cubrir los cargos de jueces en todas las instancias inferiores a la Corte, y *seleccionar* a los candidatos; a") formular *ternas vinculantes* para proponer el nombramiento; a"') la tercera facultad que relacionamos con las dos anteriores es la de *promover el enjuiciamiento político* de los jueces de instancias inferiores a la Corte.

El sistema de nombramiento de los jueces ha variado fundamentalmente respecto del anterior a la reforma. Ahora, con carácter previo a la designación por el poder ejecutivo con acuerdo del senado, se ha insertado la intervención del Consejo en una importante relación interórganos. Esta intervención de un órgano que, como el Consejo, integra el poder judicial, queda dividida en dos etapas: a) el *concurso público* para los postulantes y b) la *terna* que el Consejo debe confeccionar para que el poder ejecutivo, con acuerdo del senado, realice el nombramiento; dicha terna es *vinculante,* lo que implica que no puede designarse a una persona no incluida entre los tres candidatos (ver cap. XXXVIII, nos. 79/80).

b) En lo que hace al *poder disciplinario,* el Consejo tiene su ejercicio sobre los magistrados.

c) El *poder reglamentario* recae sobre una triple materia: c') para la organización judicial; c") para asegurar la independencia de los jueces; c"') para lograr la eficaz prestación del servicio de justicia.

d) Por fin, en lo *administrativo-económico,* administra los recursos y ejecuta el presupuesto que la ley respectiva dedica al poder judicial.

Las seis competencias admiten reagruparse en tres:

a) todo lo referente a la *selección de candidatos* para ser designados como *jueces* de tribunales federales inferiores a la Corte, y a') a la iniciativa para *promover su enjuiciamiento* ante el jurado de enjuiciamiento; más a") la *facultad disciplinaria* sobre los mismos;

b) el *poder reglamentario;*

c) la *administración de los recursos económicos* del poder judicial.

12. — Se ha de tener muy presente que *no tiene competencia* para: a) intervenir en la designación de los jueces de la Corte; ni b) para promover el juicio político contra ellos; ni c) para ejercer sobre ellos el poder disciplinario; ni d) para ejercer poder disciplinario sobre el personal del poder judicial.

La división del Consejo en salas

13. — Todas las atribuciones que conforman la competencia del Consejo pertenecen al cuerpo como tal, por lo que si se lo divide en secciones o salas, es imposible e *inconstitucional* que la ley asigne el ejercicio de determinadas facultades a uno de esos sectores, excluyendo la participación de los otros. Por ende, ninguna de las facultades del Consejo puede ser cumplida por una sola sala del mismo; estas eventuales divisiones sólo son constitucionales si se limitan a repartir internamente entre ellas la elaboración de informes, la preparación del trabajo, o el asesoramiento en una determinada cuestión para que, luego, el *cuerpo en pleno adopte las decisiones* que sólo a él incumben, con el quorum que consigne la ley, sin excluir la participación de ninguno de sus integrantes.

La sustracción de competencias a la Corte Suprema

14. — El cúmulo de atribuciones conferidas al Consejo produce un vaciamiento en las competencias que venían hasta ahora encapsuladas en la Corte y en los tribunales inferiores; abre la duda —y el debate— acerca de si es bueno en nuestro ambiente, computadas sus tradiciones, sustraer su ejercicio a los órganos judiciales.

Para decir que sí, es frecuente echar mano del argumento del alivio y la descongestión a favor de ellos, con el paralelo efecto de circunscribir su espacio a lo que, en verdad, es consustancial a la administración de justicia como función estrictamente jurisdiccional.

Para decir que no, se alega una serie de razones: la conexión que —por ejemplo— existe entre la función propia de los tribunales de justicia y el poder disciplinario que los de alzada investían respecto de los inferiores de su mismo fuero; la equivalente relación entre esa misma función y la emanación de reglamentos —a los que de inmediato haremos referencia—; y, por fin, al manejo de los recursos según criterios de conveniencia, oportunidad, prioridades, etcétera.

Si los argumentos desfavorables a esta índole de competencias que la norma amputa a los jueces y transfiere al Consejo quedan en adelante avalados por la experiencia que surgirá de su funcionamiento, habrá que criticar a la reforma. De cualquier modo, será difícil restablecer la situación anterior a ella, porque hará falta una nueva enmienda constitucional.

El poder reglamentario

15. — Entre las diversas materias y finalidades que prevé la norma cuando otorga al Consejo la competencia de dictar reglamentos, quizá no merezca duda intensa la facultad para dictar los que hacen estrictamente a la *organización*

judicial, si por tal se entienden los aspectos estructurales; por ejemplo, el lugar de instalación y el funcionamiento de los tribunales; los servicios de apoyo (notificadores, personal administrativo, etc.). En cambio, los reglamentos para la "prestación eficaz de los servicios de justicia" dejan la sensación de que guardan un nexo muy estrecho con la función jurisdiccional, y que los órganos (judiciales) que la tienen a su cargo son los que con más inmediatez y experiencia disponen del conocimiento indispensable para dictarlos. Entre medio, los reglamentos para preservar la "independencia de los jueces" no nos merecen, por ahora, reparos.

16. — Por la importancia de este poder reglamentario, nos queremos detener en los reglamentos "relacionados con la *eficaz prestación de los servicios de justicia*" —a tenor textual de la fórmula acuñada en el art. 114— que nos presenta una novedad difícil de desentrañar.

Citando a Bielsa y Lozano, dirimir que el *Consejo de la Magistratura no tiene funciones judiciales y por ello no puede emitir reglamento ni acto alguno que interfiera en un proceso.*

Los reglamentos generales, o dicho en otros términos, los que contienen normas generales para la tramitación de los procesos —en plural— interfieren en la función propia de cada tribunal. Es verdad que un órgano ajeno al poder judicial como es el *congreso,* dicta normas procesales para la tramitación de los procesos, pero hay diferencia sustancial entre las leyes de procedimiento, y los reglamentos para la administración judiciaria que dictara el Consejo de la Magistratura.

Pesa la tradición, porque el "Reglamento para la Justicia Nacional" ha tenido autoría en la Corte Suprema.

El vocabulario del art. 114 incita a contestar que ya no podría dictarlo ahora, porque la "eficaz prestación de los servicios de justicia" deja la sensación de que lo abarca, ya que ese servicio de justicia viene a ser la materia y la finalidad de aquel Reglamento. No obstante, no es fácil consentir tal sustracción. (Ver nº 22 c).

17. — Queda en claro, a la inversa, coordinando el art. 114 con el 113 que la *Corte* retiene la competencia para dictar *su propio reglamento interno,* porque el art. 113 reproduce en este punto lo que decía el anterior art. 99.

El juicio valorativo sobre las innovaciones en el artículo 114

18. — El balance del art. 114 no se puede adelantar con la sola reflexión académica que suscita la lectura de la norma. Hacerlo definitivamente sería prematuro y, sobre todo, riesgoso.

Por un lado, no parece herirse con el Consejo de la Magistratura ningún principio visceral del sistema democrático y de la impartición o administración

de justicia, por lo que las valoraciones giran más bien alrededor de la *conveniencia.*

Por otra parte, es verdad que toda innovación radical como ésta, modifica algo que en la constitución material se hallaba muy consolidado, provoca inquietud y hasta inseguridad, por lo menos hasta que pueda saberse si el nuevo sistema es mejor que el anterior, o no.

En una tercera perspectiva, seguramente no serán iguales las evaluaciones de los pro y los contra según provengan de jueces y abogados, o de personas y sectores ajenos al poder judicial. Los primeros conocen desde adentro las virtudes y los defectos. Los segundos son observadores externos, más independientes e imparciales en su juicio, pero sin la experiencia ni el contacto inmediato de los otros.

19. — Lo que sí estamos en condiciones personales de adelantar es favorable en algunos aspectos. La intervención del Consejo de la Magistratura en el proceso de *designación* y de *enjuiciamiento de jueces* se nos hace satisfactoria, porque amortigua la gravitación político-partidista que el sistema anterior de nombramiento, y de juicio político a cargo del congreso dejaba en ciernes, con todas las malas consecuencias que, muchas veces, nos atestiguó la experiencia en la constitución material.

El período de "vacatio legis"

20. — La *disposición transitoria decimotercera* dice así:

"A partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma, los magistrados inferiores solamente podrán ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución. Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad. (Corresponde al artículo 114.)"

La mora en que se ha incurrido al no dictar en dicho plazo la ley reglamentaria y al no entrar en funcionamiento el Consejo, ha tipificado *inconstitucionalidad por omisión.*

Las relaciones entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura

21. — Cuando se comparte la tesis de que el Consejo de la Magistratura es un órgano que *forma parte del poder judicial* es menester reiterar que no por ello ha decaído la *jefatura* que respecto de dicho poder inviste la *Corte.* Sigue siendo "suprema" como *cabeza* y *vértice* del poder judicial. Esta calidad *no la comparte* (ver nº 6).

Afirmarlo no deja de tener consecuencias prácticas.

En primer lugar, y por una parte, una consecuencia radica en que las competencias que la reforma ha asignado al Consejo de la Magistratura son plenamente *decisorias,* es decir, no son consultivas ni de asesoramiento.

En segundo lugar, empalmando esta naturaleza de las decisiones del Consejo con la jefatura que la Corte retiene sobre el poder judicial al cual aquél integra, se abre un interrogante: ¿aquellas decisiones tienen carácter final y definitivos, o son *recurribles*?

Nos afianzamos en contestar que *son recurribles,* pero resta pensar cuál tribunal ha de ser alzada para las decisiones del Consejo de la Magistratura.

Creemos que, dada la jerarquía que la reforma le ha deparado, no puede ser otro sino la *Corte Suprema.* La vía de tránsito hacia ella habrá de ser *recursiva,* porque de ser una "acción" estaríamos ante un supuesto de competencia originaria de la Corte, que hasta con ley es inviable según su jurisprudencia, a tenor del art. 117 —que reproduce al anterior art. 111—.

22. — En contra del recurso, quizá se alegue que estaría dado respecto de decisiones que no emanan de un tribunal, y que —además— algunas de esas decisiones carecen de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de los reglamentos.

Sintetizando nuestra posición, decimos que:

a) las *decisiones jurisdiccionales,* como son las sanciones disciplinarias, han de ser *susceptibles de recurso judicial;* a') por analogía, *también* las decisiones sobre *acusación* para dar paso al enjuiciamiento político;

b) *también* han de serlo las que recaen en la *selección y confección de ternas* de postulantes para cargos judiciales a fin de remediar irregularidades graves en el mecanismo respectivo cuando causan perjuicio a los eventuales candidatos —incluidos o excluidos—;

c) los *reglamentos* que interfieren en la tramitación de los procesos judiciales deben quedar sujetos a control, sea por la Corte, sea por cualquier tribunal, en la medida en que a una y a otros les resulten *aplicables en una o más causas* de su competencia que se sustancien ante ellos; este control podría ejercerse sin recurso y de oficio en cada causa;

d) en cambio, todo lo referente a la *administración de los recursos presupuestarios* parece *no ofrecer materia* que caiga bajo posible revisión judicial.

23. — Podría pensarse además que en algunos supuestos se tipificarían los requisitos para la procedencia del *recurso extraordinario,* y que en otros la ley habría de prever un *recurso ordinario.* Tanto un caso como el otro necesitan una *ley* del congreso, porque la jurisdicción apelada de la Corte lo exige a tenor del

art. 117, ya que la Corte la ejerce "según las reglas y excepciones" que establece la ley. No obstante, el recurso no habilitado en ley se haría precedente si se tuviera certeza de que su inexistencia viola el derecho de acceso a la justicia e incurre en inconstitucionalidad.

De todos modos, coincidimos con Alberto Bianchi en que la solución de recurribilidad ante la Corte genera problemas, y habrá que ver si el modo como se encara aprueba el test de constitucionalidad. La originalidad de incorporar dentro del poder judicial a un órgano cuyas competencias no son judiciales, y que tampoco es un tribunal de justicia, deja pendientes muchas situaciones dubitativas de difícil encuadre en lo que, tradicionalmente, perfila al sistema de control judicial argentino, sobre todo el que le está deparado a la Corte.

III. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO Y LA REMOCION DE LOS JUECES

El artículo 115

24. — El art. 115 ya transcripto en el nº 2 dispone:

"Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el artículo 53, por *un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal.*

Su fallo, que será *irrecurrible,* no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo.

En la ley especial a que se refiere el artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado."

(La bastardilla es nuestra).

Esta innovación ofrece cierto paralelismo con el nuevo sistema de designación de los jueces de tribunales inferiores, porque permite atisbar análoga intencionalidad de mejorar —"despolitizado"— el régimen de remoción.

25. — El juicio político arbitrado en el texto anterior a la reforma, ahora sólo se mantiene para destituir a los *jueces de la Corte Suprema de Justicia.*

26. — El procedimento actual se desdobla: en una *primera* etapa, el *Consejo de la Magistratura acusa* al decidir la apertura del procedimiento —y *puede suspender* al juez—; en la *segunda* etapa, interviene el *jurado de enjuiciamiento,* que puede remover, o no. Se trata de una relación entre dos órganos —Consejo y jurado— que

forman parte —ambos— del poder judicial, por lo que cabe calificar a esa relación como *intraórgano.*

27. — El art. 115 solamente esboza en su párrafo primero la integración de los jurados de enjuiciamiento con una triple composición: *legisladores, magistrados* y *abogados* de la matrícula federal. El detalle —muy importante por cierto, sobre todo en orden a la proporción numérica de cada sector— queda derivado a la *ley* prevista en el art. 114, que es la relativa al Consejo de la Magistratura. Dicha ley ha de reglamentar el modo concreto de *integración* del jurado, y el *procedimiento* a seguir por él para la remoción de los jueces.

El segundo párrafo asevera drásticamente que *su fallo será irrecurrible,* y no tendrá más efecto que el *destitutorio.* Se ha suprimido la "accesoria" que estaba incorporada al anterior art. 52, y que consistía en la posible imposición por el senado de la *inhabilitación,* declarando al juez removido como incapaz de ocupar empleo de honor, de confianza, o a sueldo del estado.

En lo demás, la norma actual mantiene la previsión del anterior art. 52 para el sometimiento eventual del destituido al proceso penal ordinario.

Los diversos aspectos en el procedimento enjuiciador

28. — La apertura y la sustanciación del procedimiento de remoción nos colocan ante dos situaciones: a) una, es la posibilidad de que el órgano que tiene a su cargo la competencia para decidir la apertura —Consejo de la Magistratura— *suspenda* al juez cuyo trámite de destitución incita mediante *acusación;* b) otra, a contar desde la misma resolución de apertura, es el *plazo* para que el órgano juzgador —jurado de enjuiciamiento— dicte su resolución. Cada uno de estos aspectos aporta innovaciones respecto de las normas constitucionales anteriores, en su aplicación a los magistrados judiciales.

La competencia para suspender al juez

29. — Que el *Consejo* está habilitado a suspender, queda fuera de toda duda; en cambio, es útil preguntarse si en caso de no disponer la suspensión y pasar la acusación al jurado de enjuiciamiento, éste tiene competencia para hacerlo.

La respuesta negativa alegaría que si el art. 114 adjudica la facultad de suspensión al Consejo, le quede negada al jurado porque,

como principio, adjudicar una competencia expresa a un órgano implica impedir su ejercicio a otro que no sea ése.

30. — Es bueno recapitular qué ocurría antes de la reforma de 1994, cuando la constitución carecía de previsión expresa a favor de la posible suspensión. Entonces decíamos que cuando el funcionario sometido a juicio político tenía un superior jerárquico, este superior podía suspenderlo en ejercicio del poder disciplinario. En cambio, negábamos que la cámara de diputados y el senado invistieran esa atribución.

Ante el art. 114 inc. 5º en combinación con el art. 115, un punto de vista en cierto modo analógico nos llevaría a proponer que si el *Consejo de la Magistratura* —que tiene poder disciplinario sobre los jueces— no decide en uso de su competencia explícita suspender al magistrado cuyo enjuiciamiento promueve, el otro órgano llamado a intervenir en el juzgamiento —que es el *jurado*— no parece que detente una igual atribución implícita de suspender a quien no ha sido suspendido por el órgano con competencia explícita para hacerlo. Ello, aunque ambos órganos sean parte de un mismo poder, que es el judicial.

El plazo para juzgar

31. — El art. 115 contiene otra previsión institucionalmente importante. A contar desde la decisión que dispone *abrir el procedimiento de enjuiciamiento,* el jurado tiene *ciento ochenta días para dictar su fallo.* Si en ese lapso no lo hace, *deben archivarse* las actuaciones y, en su caso, hay que *reponer al juez suspendido.*

Es un buen dispositivo de celeridad, para urgir al jurado, porque la naturaleza del enjuiciamiento político no admite dilaciones, no sólo en cuanto está comprometido el aspecto personal o subjetivo del magistrado sujeto a dicho enjuiciamiento, sino también en razón de hallarse en juego el funcionamiento institucional del poder judicial.

Dos consecuencias derivan del vencimiento del plazo: a) una el *archivo* de las actuaciones; b) otra, la *reposición* del juez que se encontraba suspendido durante el trámite de su enjuiciamiento.

El archivo de las actuaciones y su efecto

32. — Si pasan ciento ochenta días sin que se haya fallado la causa, las actuaciones *se archivan.* Esto significa que, al haberse

agotado la competencia del jurado, *la misma cuestión ya no podrá renovarse* o reabrirse en el futuro. Es algo así como un efecto de *cosa juzgada.*

Este efecto, sumado a la reposición del juez que pudo haber estado suspendido durante el enjuiciamiento, muestra claramente que, de ahí en más, es inviable someterlo a otro ulterior por la misma conducta.

La reposición del juez suspendido

33. — El vencimiento del plazo para juzgar y el consiguiente archivo de las actuaciones hacen procedente la *reposición* del juez cuando, en la instancia de apertura del procedimiento enjuiciador, fue *suspendido* por el Consejo de la Magistratura.

El art. 115 deja abierta acá una serie de preguntas muy arduas: ¿Se puede pensar que la reposición del suspendido ha de disponerla *el jurado de enjuiciamiento* al vencérsele el plazo sin haber emitido decisión sobre la remoción? ¿O la competencia es del *Consejo de la Magistratura* como órgano también competente para la suspensión y, en paralelismo, para dejarla sin efecto? ¿O la reposición es, más bien, *automática y directa* por imperio del propio art. 115 constitucional?

Fijémonos que éste dice, con respecto al transcurso del plazo, que "*corresponderá* archivar... y, en su caso, *reponer* al juez suspendido...". No dice que, vencido el plazo, "*quedará* repuesto", sino que "corresponderá reponerlo". ¿A qué órgano le corresponde?

Hay algo cierto y es lo siguiente: *hay obligación constitucional de reposición.* No es una facultad discrecional. La *reposición es imperativa, y deriva del mero transcurso del lapso* que la norma otorga inexorablemente para juzgar.

34. — Los dudosos interrogantes planteados nos animan a contestar así: como el juzgamiento le está deparado al jurado, cuando caduca el término temporal en que necesariamente debe expedirse y no lo hace, *es el mismo jurado* el que ha de *archivar* las actuaciones y, juntamente con el archivo, *resolver la reposición.*

Es claro que en esta solución no coincidiría la competencia para "reponer" con la antecedente competencia ejercida para "suspender", porque los órganos no son los mismos y, entonces, el principio del paralelismo de las competencias

quedaría comprometido. Pero como tal principio es sólo un principio, y tiene excepciones, la cuestión dudosa admitiría darse por superada.

35. — No obstante, ¿qué ocurre si el juez suspendido no es repuesto? ¿A qué órgano debe el juez requerir su reposición?

En caso de admitirse —como es nuestra opinión— que el que debe reponerlo es el jurado, ha de solicitarla a él. Si no obtuviera satisfacción, o no se le diera inmediata respuesta favorable, sería viable suponer que le ha de quedar expedito el acceso al Consejo de la Magistratura, por haber sido este órgano el autor de la suspensión que el jurado se ha negado a dejar sin efecto.

Por fin, es muy probable que —además— nos hallemos ante una hipótesis configurativa de *cuestión constitucional justiciable* y, de ser así, que la instancia final esté abierta por recurso extraordinario ante la *Corte Suprema.*

El fallo irrecurrible

36. — Nos queda la irrecurribilidad del fallo destitutorio. La norma lo enuncia tajantemente, y hay que aventurar una opinión sobre su alcance.

Hasta promediar la década de los años ochenta, la Corte siempre consideró que el fallo destitutorio del senado —y los equivalentes emanados de órganos diversos en jurisdicción de las provincias— no podían ser sometidos a revisión de ella mediante recurso extraordinario.

La jurisprudencia de la Corte cambió diametralmente después, y en los últimos diez años ha admitido y reafirmado el posible sometimiento de los fallos destitutorios —tanto los dictados en sede federal como en el ámbito provincial— a revisión y control del poder judicial. Esta recurribilidad se limita a verificar si en el procedimiento de enjuiciamiento se respetó o se violó el *debido proceso* a que debe atenerse, a fin de preservar las *garantías* emergentes de la constitución federal. Pero no alcanza para que el tribunal judicial revea el criterio que el órgano de enjuiciamiento político ha empleado en el encuadre que de las conductas imputadas al funcionario acusado ha hecho aquel órgano para tener por configuradas una o más causales de destitución. (Tal lo que definitivamente surge del fallo de la Corte del 9 de diciembre de 1993 en el caso "Nicosia", el primero que la misma Corte resolvió respecto de la remoción de un juez federal, que recurrió ante ella en instancia extraordinaria.) (Ver cap. XXXVI, nos. 27 / 28).

El sentido de la irrecurribilidad

37. — Se torna complicado afrontar el sentido y alcance de la norma que estipula enfáticamente la irrecurribilidad.

Si se la interpreta literalmente, no hay duda de que *entra en pugna con el derecho judicial de la Corte Suprema,* que aceptó la revisión judicial cuando el anterior art. 52 omitía definir el punto.

En tal caso, es razonable suponer que una vez incorporada la admisibilidad de aquella revisión por la jurisprudencia de la Corte en el derecho constitucional material, hay que dar por cierto que nos hallamos ante un *requisito constitucional inalterable e inamovible del sistema garantista,* que ni siquiera una reforma de la constitución puede desconocer, so pena de violar un principio fundamental del sistema axiológico de la misma constitución.

Tal es nuestro punto de vista, por lo que a la irrecurribilidad que impone el art. 115 le asignamos únicamente el mismo sentido que la Corte fijó en el caso "Nicosia": escapa a la competencia judicial el encuadre y la valoración que el jurado hace de las *conductas* que toma de base para la remoción, y la *decisión* misma de remover; pero sigue siendo *revisable* todo lo que atañe a la *competencia* del órgano y las *formalidades* de su ejercicio, así como a las *garantías* del enjuiciado en orden al debido proceso y el derecho de defensa. (Ver nº 36).

Este principio no ha desaparecido ni decaído con la reforma, y hace parte de las *implicitudes* más valiosas de la constitución. Y ello porque un adjetivo ("irrecurrible"), por más que esté incorporado a la constitución, carece de fuerza para oponerse al arsenal principista-valorativo en que ella se apoya.

38. — En su voto emitido en el caso "Nellar Juan C." fallado por la Corte el 30 de abril de 1996, el doctor Fayt sostuvo con énfasis que la irrecurribilidad de la decisión destitutoria que establece el art. 115 es abiertamente contradictoria con los fines de la constitución vigente (o sea, la reformada en 1994) y con lo que había dispuesto la ley 24.309 (declarativa de la necesidad de la reforma), ya que al haber quedado prohibida toda enmienda a los 35 primeros artículos de la constitución, es evidente que no podría privarse de garantías fundamentales de control judicial de constitucionalidad a cargo de la Corte a los jueces federales removidos mediante el enjuiciamiento político regulado por el citado art. 115 nuevo.

Las cláusulas transitorias sobre la instalación del Consejo de la Magistratura, y las causas por enjuiciamiento político

39. — La *disposición transitoria decimocuarta* dice:

"Las causas en trámite ante la Cámara de Diputados al momento de instalarse el Consejo de la Magistratura les serán remitidas a efectos del inciso 5º del art. 114. Las ingresadas en el Senado continuarán allí hasta su terminación. (Corresponde al art. 115.)"

La *disposición transitoria decimotercera* dice:

"A partir de los trescientos sesenta días de la vigencia de esta reforma, los magistrados inferiores solamente podrían ser designados por el procedimiento previsto en la presente Constitución. Hasta tanto se aplicará el sistema vigente con anterioridad. (Corresponde el artículo 114.") (Para esto, ver nº 20).

Es menester relacionar las dos cláusulas para también relacionar, en consecuencia, las competencias del Consejo y las del jurado, porque de su ensamble surge el plazo de 360 días a contar desde el 24 de agosto de 1994.

La garantía del juez natural

40. — El comentario que nos provocan estas cláusulas es el siguiente: se respeta al *senado* como *juez natural* cuando ya tiene ingresada la causa por acusación de la otra cámara; en cambio, cuando una causa se halla en trámite en la *cámara de diputados*, y por ende ésta *no ha ejercido todavía* su función de *acusar*, la causa se debe girar al Consejo de la Magistratura.

Para nosotros, *hay sustracción al juez natural.*

Es claro que si se valora el caso a la luz del derecho judicial de la Corte —que ha reputado constitucionalmente válido aplicar nuevas leyes de procedimiento a los juicios pendientes en tanto la causa no haya quedado "radicada" ante el tribunal competente— la respuesta es negativa. Pero nuestra tradicional discrepancia con este criterio nos lleva aquí a mantenerla.

41. — El juicio político tal como lo organiza la constitución en sus artículos actualmente numerados como 53, 49 y 60 (que se mantienen intactos, salvo para los jueces de tribunales inferiores) establece dos etapas: la acusación por la cámara de diputados, y el juzgamiento por la de senadores. Y regula el procedimiento. Ambas cámaras, cada una en la órbita de su competencia, son el *juez natural* para el enjuiciamiento político, y una vez que éste se ha iniciado porque la de diputados ha abierto el trámite, creemos que no es constitucional-

mente viable, ni siquiera por reforma constitucional, sustituir al órgano que, por la constitución vigente al tiempo de comenzar su intervención, debía agotar su función —acusando o no acusando—.

Los jueces de instancias inferiores a la Corte, cuyo enjuiciamiento había tenido inicio en la *cámara de diputados,* invisten por eso un *derecho —adquirido* por la constitución en vigor a esa fecha— a mantener como juez natural al entonces competente. O sea, no pudo sustraerse a aquella cámara la competencia que, en papel de *juez natural,* debía conservar hasta la culminación de la etapa acusatoria.

42. — La constitución previó la instalación del Consejo de la Magistratura dentro del plazo ya mencionado en el nº 39, que se venció ampliamente, por lo que en la constitución material ha seguido aplicándose el enjuiciamiento establecido en los arts. 53, 59 y 60 (acusación por la cámara de diputados y juzgamiento por el senado), al no estar en funcionamiento los órganos que los nuevos arts. 114 y 115 tienen impuestos para su trámite.

CAPÍTULO XLV

LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

I. EL MODO Y LA OCASIÓN DE SU EJERCICIO. - La denominación de la función. - Los principios básicos. - El "caso" o la causa judiciable. - Los principios del derecho judicial sobre la administración de justicia. - II. LA SENTENCIA. - Su carácter de norma individual del caso. - La motivación y la fundamentación. - La arbitrariedad de sentencia. - Los requisitos de la sentencia. - La exención de controles extraórganos. - La obligación de sentenciar. - La cosa juzgada. - III. LA JURISDICCIÓN, LA ACCIÓN Y EL PROCESO. - La justicia pública. - La jurisdicción. - La acción. - *Las acciones "de clase".* - *La acción para defensa de los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva.* - El proceso. - El derecho a la jurisdicción. - Como satisface el estado la administración de justicia. - El juez en el proceso. - *Los tribunales de alzada y la segunda instancia.* - *El activismo judicial.* - La denegación de justicia. - *La inmunidad (absoluta y relativa) de los estados extranjeros.* - *La inmunidad absoluta de jurisdicción de entes intergubernamentales.* - *La denegación de justicia y la jurisdicción internacional.* - *Otras hipótesis análogas a la privación de justicia.* - La responsabilidad del estado por su administración de justicia.

I. EL MODO Y LA OCASION DE SU EJERCICIO

La denominación de la función

1. — Nunca hemos dudado de que la función de *administrar justicia es una función "jurisdiccional" a cargo de los tribunales del poder judicial.* Por eso, nunca abandonamos la denominación de "*administración* de justicia", si bien compartimos otras denominaciones que —actualmente— alguna doctrina reputa más acertadas como, por ejemplo, la de *"impartición" de justicia.*

No adherimos a los enfoques que por administración de justicia entienden la que "administran" los tribunales en aquellos sistemas donde no cabe hablar rigurosamente de un "poder judicial", con lo que la justicia a cargo de tribunales que realmente componen un "poder" (el judicial) no sería "administración de justicia", sino algo distinto que merece otro nombre; pero ¿cuál habría de sustituirlo?

En los sistemas continentales europeos se suele afirmar por parte de cierta doctrina que juzgar (resolver causas judiciales) no es, en verdad, algo funcionalmente distinto de la administración a secas, con lo que la administración pública y la administración de justicia no mostrarían entre sí diferencias sustanciales. Por detrás, ronda la impresión de que —entonces— el "gobierno" viene a ser un bloque dentro del cual no existe un "poder judicial", sino sólo una función: "*administrar* justicia".

Nuestro poder judicial es, en verdad, un *poder*, cuya función nuclear en lo que hace a lo estrictamente judicial es *administrar (o impartir) justicia*, a lo que se suma —ahora— las otras funciones "*no* judiciales" a cargo del Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento, introducidos por la reforma de 1994 dentro del mismo poder judicial (para esto último, remitimos al cap. XLIV, especialmente n$^{os.}$ 3 a 6).

Los principios básicos

2. — La administración de justicia como función del poder que ejercen los órganos judiciales se enmarca y transcurre a través de *causas* (o *procesos*) *judiciales*.

Durante el curso de éstos, el órgano judicial (juez o tribunal) cumple numerosos *actos procesales*. Las resoluciones que dicta en las diversas etapas del proceso pueden recibir distintos nombres, pero a los fines constitucionales es aceptable denominar genéricamente como "sentencia" a estos diversos pronunciamientos. (No obstante, se suele emplear la palabra "sentencia" para mentar la decisión que en cada instancia pone fin al proceso ante el órgano que corresponde a dicha instancia.) De ahí que quepa decir que el acto que traduce el ejercicio de la función de "administrar justicia" es la *sentencia*.

(Por supuesto que aquí encaramos solamente la función de "administrar justicia", y no la función "administrativa" que también tiene a su cargo el poder judicial en la medida requerida para ejercer la administración de justicia.)

3. — Algunas nociones vinculadas con el tema son las siguientes:

a) Todo juez requiere que su jurisdicción sea *incitada*. Es decir, no actúa "de oficio" o motu proprio (por propia iniciativa). Su función permanece inhibida y latente mientras no hay proceso, y el proceso se inicia a impulso de parte, mediante la *acción*.

Alguna excepción al principio de que la función judicial requiere ser activada encontramos tanto en la ley sobre habeas corpus, cuanto en el derecho público provincial, cuando se legitima a los jueces a emanar, sin que parte

alguna promueva su jurisdicción (o sea, "de oficio"), un "auto de habeas corpus" en casos de extrema necesidad para proteger la libertad ambulatoria de personas cuya privación o restricción ilegítimas le constan al juez por cualquier vía ajena a una denuncia judicial, o a una demanda.

También la *justicia electoral* —que integra el poder judicial federal— ha recibido por ley varias competencias para actuar de oficio, o sea, sin impulso de parte.

Asimismo, la Corte Suprema en ciertos casos de excepción y cuando ha debido cumplir algún acto propio de su competencia, ha verificado previamente si tal acto (o la norma que imponía cumplirlo) era constitucional o no, y ha emitido fuera de causa judicial y sin petitorio de parte un pronunciamiento acerca del punto. Lo que no queda claro es si tal pronunciamiento (en el que ejerce control constitucional pero que recae fuera de un proceso judicial) traduce función jurisdiccional propiamente dicha. (Ver nº 5).

Las formas habituales de incitar la jurisdicción son: a) *originariamente* (en primera instancia) para acceder al proceso mediante *acción* (o demanda); b) en instancia de revisión (sea ante la misma instancia originariamente provocada, o ante otra superior) mediante *recurso*.

b) Todo pronunciamiento judicial que implica administrar justicia recae en una *"causa" judiciable,* y la forma de resolver esa causa es la *sentencia*.

c) En consecuencia, *se detrae* al juez la consulta, la declaración teórica o general, y las cuestiones abstractas, porque todo ello importa un pronunciamiento sin causa judiciable, o al margen de la misma.

Por excepción, hay algunas leyes que para determinados supuestos establecen la elevación en *consulta* a un tribunal de alzada por el tribunal inferior, pero lo que la alzada resuelve lo hace dentro —y no al margen— de una causa judicial.

El "caso" o la causa judiciable

4. — Nuestro art. 116 constitucional hace la enumeración de casos que configuran la competencia judicial federal, y habla de "causas".

El "caso" o la "causa" judicial equivale a "juicio" o "proceso judicial", y para nada se limita o identifica al "caso *contencioso*", o juicio contradictorio. Para nosotros, cabe en el concepto constitucional de "causa" la acción declarativa de inconstitucionalidad, la acción

declarativa de certeza; el juicio llamado de jurisdicción voluntaria, etcétera.

Ver cap. XLVIII, nºs. 12 a 14.

5. — Sin embargo, y sin ser costante ni uniforme la jurisprudencia de la Corte, hay precedentes en los que sostuvo que ella es competente para producir aquellos actos de gobierno que, como cabeza de poder y órgano supremo de la organización judicial argentina son necesarios para garantizar la investidura de los jueces "nacionales", incluido el juicio sobre la existencia de dicha investidura, en la medida en que ella ineludiblemente lo requiera (en tal sentido, y en época reciente, puede verse el caso "Aramayo, Domingo R.", resuelto el 14 de febrero de 1984).

No interesa demasiado, en tales supuestos, hacer exceso de doctrina acerca de si tales casos configuran lo que estrictamente se puede denominar *"causa" judicial* o judiciable, sino más bien detectar que, sean o no sean "causas", provocan la actividad y el pronunciamiento de la Corte. Y más allá de que tales casos sean resueltos mediante "sentencia" o mediante "acordada" se demuestra que no encuadran en el tipo clásico del proceso judicial. Tampoco interesa esclarecer aquí si la resolución que en ellos dicta la Corte emana de sus poderes de superintendencia, o acaso de lo que ella llama sus poderes "implícitos". Lo importante es atender a esta especie de decisiones emanadas del más alto tribunal, fuera de los cauces comunes y habituales en que se enmarca la administración de justicia.

Asimismo, debe tenerse presente que en defensa de las prerrogativas que a la Corte le confiere el art. 113 de la constitución, dicho tribunal tiene también competencia para emitir pronunciamientos y decisiones al margen de lo que estrictamente puede considerarse "causa" judicial.

Los principios del derecho judicial sobre la administración de justicia

6. — Si procuramos armar un repertorio de principios básicos que señala el derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte, podemos esbozar los siguientes:

a) los jueces son *servidores del derecho* para la realización de la justicia;

b) el *ejercicio imparcial* de la administración de justicia es un elemento indispensable de la defensa en juicio;

c) la *sentencia* debe ser derivación razonada del orden jurídico vigente;

d) el respeto a la voluntad del legislador no requiere admitir soluciones notoriamente injustas;

e) el apartamiento deliberado y consciente de la *verdad* es incompatible con una adecuada administración de justicia;

f) la *verdad objetiva* o material debe prevalecer sobre la pura verdad formal;

g) la intervención del poder judicial no puede *ser excluida* compulsivamente a los fines de solucionar controversias individuales;

h) importa agravio a la garantía de la defensa la *exclusión* del poder judicial en causas donde la tutela de un derecho subjetivo configura cuestión justiciable;

i) los jueces deben alcanzar en sus sentencias la *solución objetivamente justa* del caso con arreglo a las circunstancias del mismo y al derecho que le resulta aplicable.

7. — Un perfil descriptivo a título de síntesis conceptual surge del siguiente standard de la Corte: "...esta Corte tiene establecido que el desempeño judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos, y ha desechado la admisión de soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin, propio de la labor de los jueces, de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes en las causas concretas a decidir (Fallos, 253-267 y 271-130). Asimismo, la ley acuerda a aquéllos la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, y tal facultad no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable (Fallos, 238-550)".

II. LA SENTENCIA

Su carácter de norma individual del caso

8. — La sentencia recaída en causa judiciable como culminación del proceso, es el modo único y normal de ejercer la función de administrar justicia.

La sentencia es una *norma,* emanada del juez en y para *un caso concreto.* O sea, es una norma *individual.* El juez, al dictarla, *"crea" derecho,* pero ese derecho que crea, *no es derecho "nuevo"* (como sí lo es el que crea la ley) porque en su creación el juez *extrae* la norma individual creada por él, del ordenamiento jurídico vigente. O sea, que la administración de justicia es una función *sub-legal.*

9. — El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* "en" y "para" un caso singular y concreto.

El juez, al crear la norma individual de la sentencia, no puede

evadirse del marco del ordenamiento jurídico vigente; debe apoyarla en algún sector o parte del mismo. De ahí que sea clásica la norma judicial de la Corte, definitoria de lo que debe ser una sentencia para merecer reconocimiento como acto jurisdiccional válido: *derivación razonada del derecho vigente conforme a las circunstancias de la causa.*

Por eso, la sentencia no puede sustentarse en la sola voluntad o afirmación dogmática del juez, ni en derecho no vigente (ya derogado o no vigente todavía).

Aun en el caso de "laguna" (o carencia de norma), la *integración* judicial crea la norma individual de la sentencia "dentro" de límites y contornos. Nunca en forma incondicionada.

La Corte tiene establecido que la elaboración del derecho que incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma: la afirmación que la Corte hace acerca de que la organización del estado reposa en la "ley" excluye la creación "ex nihilo" ("de la nada") de la norma legal por parte de los órganos encargados de su aplicación.

Para el tema, remitimos al Tomo II, cap. XXIV, nos. 108 a 111.

La motivación y la fundamentación

10. — La sentencia no es mera aplicación automática de una norma general. *Subsumir* el caso judiciable en el orden jurídico vigente no es componer un silogismo. La aplicación supone *interpretación* —de la norma y del caso— y ello aun cuando el juez en "su" interpretación deba acatar acaso la interpretación obligatoria de un órgano judicial superior (por ej.: en los casos de casación, de fallos plenarios, de jurisprudencia vinculatoria, etc.), porque nunca deja él mismo de interpretar para poder aplicar la norma general al caso.

De todo ello surgen dos requisitos de la sentencia: a) su *motivación;* b) su *fundamentación.* Se suele decir que la sentencia se motiva en los *hechos* del caso, y se funda en el *derecho* aplicable. La fundamentación y la motivación —razonada y razonablemente expuestas por el juez— explican por qué el caso se resuelve como se resuelve. O sea, por qué la decisión es la que es, y dónde halla sustento.

Cuando la Corte dice que la sentencia debe ser una *derivación razonada del orden jurídico vigente con referencia a las circunstancias de la causa,* está abarcando la fundamentación y la motivación; por "tales" circunstancias del caso, dicho caso recibe "tal" aplicación del derecho vigente escogido por el juez para decidir la cuestión.

11. — El derecho judicial de la Corte tiene señalado que la exigencia de que las sentencias tengan debido fundamento reconoce *raíz constitucional.*

La constitución alude a "sentencia fundada en ley" en algunos artículos (17 y 18) para determinadas materias (condena penal, privación de la propiedad). El principio se extiende a todas las decisiones judiciales, bien que el fundamento no necesite siempre ser "legal", porque también puede arraigar en otras normas del derecho vigente que no son ley, e incluso en jurisprudencia. Cuando el orden normativo presenta lagunas o vacíos, la integración que hace el juez para colmar la carencia de norma siempre debe basarse en el derecho vigente (acudiendo a la analogía, los principios y los valores). (Ver Tomo I, cap. III, acápite II).

12. — La carencia de fundamento mínimo, o el fundamento caprichoso o dogmático, insostenible o insuficiente, constituyen un vicio que tipifica uno de los casos de *arbitrariedad de sentencia.*

Es importantísimo destacar que *ningún tribunal puede prescindir de la norma que rige el caso ni dejar de aplicarla al mismo, salvo que a esa norma la declare "inconstitucional".*

La arbitrariedad de sentencia

13. — Nuestra Corte Suprema ha elaborado toda una rica teoría acerca de los casos en que falta la verdadera calidad de acto jurisdiccional (o sentencia) a un pronunciamiento judicial. Es la teoría de la *arbitrariedad* de sentencia, o de la "sentencia *arbitraria*". Tal descalificación implica, para nosotros, un vicio o defecto de *inconstitucionalidad,* que nos permite hablar de sentencias "inconstitucionales".

Cuando la Corte ha señalado que la defensa en juicio incluye también la posibilidad de obtener en el proceso una sentencia que sea derivación razonada del derecho vigente, ha dado pie para considerar que cuando, por no serlo, la sentencia resulta arbitraria, *la arbitrariedad implica "inconstitucionalidad" por lesión a la garantía defensiva del art. 18.* Hay fallos de la propia Corte que, al considerar arbitraria una sentencia, han sostenido expresamente que ella violaba las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso de ley del art. 18.

La sentencia arbitraria es susceptible de *recurso extraordinario,* aunque la revisión deba versar sobre cuestiones de hecho o de derecho común (o local) que —de no mediar arbitrariedad— son ajenas a dicho recurso. (Ver cap. L, nº 25).

La inconstitucionalidad de la sentencia arbitraria *radica en ésta misma*, y esa inconstitucionalidad ha sido introducida en el proceso por el juez autor de la sentencia arbitraria.

14. — Como modelo de norma judicial que describe la figura de la sentencia arbitraria, reproducimos esta formulación tomada de un fallo de la Corte: "en forma reiterada ha resuelto esta Corte que es requisito de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, criterio que ha permitido descalificar por arbitrarias aquellas decisiones que se apartan en forma inequívoca de la solución normativa prevista para el caso o que padezcan de una carencia absoluta de fundamentación, así como también las que se fundan en afirmaciones meramente dogmáticas u omiten pronunciarse sobre cuestiones planteadas por las partes y conducentes para la resolución del caso".

15. — Una rápida sistematización de la jurisprudencia sobre sentencia arbitraria permite señalar los siguientes supuestos fundamentales:

a) sentencia que *no se funda* en ley (o más ampliamente, en el derecho vigente, que no se agota en la ley) como por ej.: la que carece de fundamentos u omite todo fundamento o cita legal;

b) sentencia que resuelve *en contra* de la ley;

c) sentencia que aplica *normas no vigentes* —porque han sido derogadas, o todavía no han entrado en vigor, o son extrañas al caso—;

d) sentencia que *omite decidir* una cuestión esencial para la resolución del caso;

e) sentencia que decide "extrapetita" una *cuestión ajena* al caso;

f) sentencia que *omite* considerar *una prueba* rendida cuya consideración es esencial para resolver el caso;

g) sentencia que *da por probado* algo que no lo ha sido; etcétera.

Remitimos al cap. L, nos. 26 y 27.

16. — En cambio, una sentencia *no es arbitraria* —y por ende, tampoco susceptible de recurso extraordinario— porque sea errónea, o pueda discutirse en sus fundamentos; el recurso extraordinario fundado en la arbitrariedad no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema que descalifican a la sentencia como acto jurisdiccional, y reparar la anomalía de que la decisión no sea una verdadera sentencia sino una mera expresión de la voluntad del juez sin apoyo en la ley y en los hechos que deben servir para resolver la causa.

17. — Cuando mediante recurso extraordinario la Corte anula o deja sin efecto una sentencia a la que descalifica por arbitrariedad, el efecto puede variar en dos formas fundamentales: a) puede ocurrir que el vicio de arbitrariedad invalida a la sentencia íntegra, y que entonces no subsista como firme ninguna parte de ella; b) pero puede ocurrir —admitiendo, como lo hace la Corte, la "divisibilidad" de la sentencia— que el vicio de arbitrariedad afecte sólo a una parte de la sentencia, que es la que se deja sin efecto, manteniéndose con fuerza de cosa juzgada la parte o las partes no descalificadas; esta anulación o revocación parciales resultan viables en los casos en que no se malogra con ello los efectos del resto de la sentencia.

Los requisitos de la sentencia

18. — La sentencia *debe ser:*

a) *motivada y fundada* (según lo ya explicado);

b) *oportuna en el tiempo;*

c) *útil y eficaz;*

d) *justa;*

e) ajustada al *principio de congruencia* (que se explicó en el tema del debido proceso) (ver Tomo II, cap. XXIV, nº 98);

f) *imparcial.*

No debe:

a) *renunciar* conscientemente a la *verdad objetiva* o material;

b) *anteponer la verdad formal;*

c) incurrir en *exceso ritual manifiesto* (según se explicó en el tema del debido proceso) (ver Tomo II, cap. XXIV, nº 102).

19. — Hay también *presupuestos* necesarios de la sentencia. Los "requisitos" de la sentencia que acabamos de enunciar deben ser satisfechos por ella misma, o sea, hacen al acto jurisdiccional que se llama sentencia; en tanto los "presupuestos" deben cumplirse "antes" de que se dicte, como una especie de condiciones previas.

Entre los *presupuestos* cabe citar: a) que el *tribunal* que dicta la sentencia haya sido constitucionalmente establecido antes del "hecho" del proceso, con *competencia* para conocer de él (es decir, que sea "juez natural") (ver Tomo II, cap. XXIV, acápite III); b) que se haya sustanciado el "debido proceso" en la causa que la sentencia resuelva (ver Tomo II, cap. XXIV, nos. 96 a 103).

20. — Del principio de *celeridad razonable* del proceso y de *oportunidad* de la sentencia, se extrae (dentro del derecho a la jurisdicción) el derecho del justiciable a obtener una decisión judicial (sentencia) *rápida y eficaz,* o sea, "útil" (ver Tomo II, cap. XXIV, nº 101; para el proceso penal, ídem, nº 32).

El derecho judicial tiene formulada la norma de que ocasiona agravio a la garantía de la defensa la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones llevadas a los estrados judiciales. Ello configura una forma de "denegación de justicia". (Ver nºs. 53 y 54 b).

21. — El "derecho a ser oído dentro de un *plazo razonable*", que describe el art. 8,1 del Pacto de San José de Costa Rica, no requiere de reglamentación interna para ser aplicado en los procesos judiciales, conforme a lo así definido por nuestra Corte Suprema en el caso "Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.", del 21 de diciembre de 1989.

22. — *Las leyes que disponen la suspensión de procesos judiciales,* o que transitoriamente impiden su promoción, resultan —como principio— violatorias del derecho a la jurisdicción y, por ende, inconstitucionales, salvo que se trate de juicios iniciados por el estado, en los que es él mismo quien declina la jurisdicción.

Igual tacha merecen las leyes que postergan la ejecución de sentencias firmes. Solamente situaciones de muy grave emergencia podrían prestar fundamento excepcional y muy breve una medida de este tipo. Todas estas paralizaciones son, además, lesivas a la división de poderes, en cuanto uno de ellos (el congreso) inhibe por ley a otro (el poder judicial) impidiéndole que ejerza la función de administrar justicia que le asigna la constitución. (Ver nº 35).

Son también inconstitucionales las leyes que, respecto de sentencias pasadas en *cosa juzgada,* modifican o alteran el modo de cumplimiento que dichas sentencias tienen establecido.

Huelga decir que si medidas como las mencionadas no pueden disponerse por ley, mucho menos resultan viables a través de *decreto* del poder ejecutivo.

Remitimos al cap. XLVIII, nºs. 41 y 46.

23. — La sentencia debe ser *justa.*

El derecho judicial de la Corte ha acuñado la norma que ordena alcanzar en cada sentencia la *solución "objetivamente justa" para el caso* (lo justo en concreto) y ha dicho que una solución notoriamente disvaliosa o injusta riñe con el adecuado servicio de la justicia, y con el fin propio de la legislación y de la administración judicial. Todo ello deriva de la obligación de *afianzar la justicia,* que prescribe el preámbulo. (Ver Tomo II, cap. XXIV, nº 111).

24. — El juez en su sentencia debe ser *imparcial.*

La imparcialidad es uno de los principios supremos del proceso. La imparcialidad consiste en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir *la verdad* con exactitud, y de resolver justa o legalmente. (Ver Tomo II, cap. XXIV, nº 111).

En torno del tema, es norma del derecho judicial de la Corte "que no cabe conducir el proceso en términos estrictamente formales con menoscabo del valor justicia y de la garantía de la defensa en juicio; y por ello no debe desatenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio".

La Corte tiene asimismo expresado que, en su misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, le incumbe evitar que la interpretación literal e indiscriminada de las normas procesales conduzca a vulnerar el derecho sustancial, a desinteresarse de la consideración de una prueba que se muestra como decisiva para la solución del caso, y a prescindir de la preocupación por llegar a una decisión objetivamente justa en el mismo caso, porque todos esos efectos (que ella debe impedir) van en desmedro del afianzamiento de la justicia, que impone el preámbulo de la constitución.

25. — Lo que ahora queremos reiterar es que, por detrás de la sentencia en sí misma, se sitúa el problema de *la "justicia" o la "injusticia" de las normas* con que se tiene que manejar el juez para aplicarlas en su sentencia, problema que para nada es ajeno al logro de la solución justa "del caso". En efecto, parece cierto que si la norma general que el juez tiene que aplicar en su sentencia es notoriamente injusta, la sentencia que la individualice para "el caso" se contagiará y participará de la misma injusticia, con lo que no llegará a alcanzar "lo justo en concreto".

Acerca de si los jueces pueden o deben desaplicar las leyes injustas, declarándolas inconstitucionales, remitimos al Tomo I, cap. III, nos. 13 a 15.

En suma, "con" ley, "sin" ley, o "contra" ley (cuando ésta es inicuamente injusta, o inconstitucional) los jueces deben dictar sentencias *justas;* cuando para ello les es menester prescindir de una ley (sentencia "contra" ley) la deben declarar *inconstitucional* y desaplicarla al caso que resuelven. Es así porque la supremacía de la norma superior (constitución y tratados con jerarquía constitucional) la hace prevalecer sobre la norma inferior (infraconstitucional).

26. — El principio republicano de *publicidad* de los actos estatales rige también respecto de las sentencias que emanan del poder judicial. Ello significa que no puede haber secreto en las decisiones judiciales; que hay derecho a informarse respecto de ellas; y que los procedimientos judiciales tampoco se eximen de aquella publicidad, salvo reserva en situaciones excepcionales razonables.

En los casos "Pérez Arriaga c/Arte Gráfica Editorial Argentina S.A." y "Pérez Arriaga c/Diario La Prensa", del 2 de julio de 1993, la Corte —por mayoría— eximió de responsabilidad a los periódicos que habían publicado

información sobre una sentencia dictada en un juicio en que el actor había sido parte y cuyo nombre se consignaba en la crónica, pese a que se trataba de un asunto de familia. Podemos inferir que, como principio, estos dos decisorios acogieron el derecho de los medios de comunicación social a difundir las resoluciones judiciales, incluso con la identidad de las partes, mientras el tribunal que las ha dictado no haya limitado la publicidad íntegra de su fallo.

La exención de controles extraórganos

27. — La sentencia es un acto de poder estatal, singularizado como ejercicio de la administración de justicia. Tiene la particularidad de que cualquier *revisión* de que sea susceptible, se produce única y exclusivamente en el ámbito del mismo poder judicial. O sea, que *no hay controles extraórganos* que vengan de afuera; ni de los otros poderes, ni del electorado. Si algún otro órgano —ejecutivo, parlamento— puede ejercer actos que recaen sobre el efecto de una sentencia penal —indulto, amnistía— esos actos no tienen naturaleza jurisdiccional, sino política, y no revisan, corrigen ni enmiendan lo resuelto por el órgano judicial.

La obligación de sentenciar

28. — El juez no puede: a) *negarse a fallar;* b) *dilatar* sin término o *demorar* arbitrariamente la sentencia. (Remitimos al nº 54 a y b).

La cosa juzgada

29. — La sentencia pasada en autoridad de "cosa juzgada" no puede ya revisarse en el futuro. (Remitimos a lo explicado al tratar los contenidos del derecho de propiedad en el Tomo II, cap. XVII, nº 10 G, y cap XXIV, nº 105).

Lo fundamental que interesa para tipificar la cosa juzgada, e impedir que se renueve el tratamiento de la misma cuestión en otro juicio, es la conexión jurídica existente en la *materia* que constituye el objeto litigioso del proceso.

Para focalizar el alcance de la cosa juzgada, la Corte ha dicho en el caso "Industrias Metalúrgicas Pescarmona c/Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado", del 20 de febrero de 1986, que "toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en sus fundamentos", por eso, "no es sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión".

30. — En virtud del principio de "inmutabilidad de la sentencia", parece que constitucionalmente se debe sostener que la "aclaratoria" que (de oficio o por recurso de parte) formula el mismo juzgador respecto de un pronunciamiento suyo, no puede alterar lo sustancial de la decisión que se aclara.

31. — La intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la *regularidad del proceso* en que la sentencia se ha dictado.

Los casos en que, a nuestro juicio, se han desarrollado con mayor notoriedad estos principios son: "Tibold" —del año 1962—, "Kaswalder de Bustos" — de 1970— y "Campbell Davidson" — de 1971—.

Remitimos al Tomo II, cap. XVII, nº 10 G.

32. — La cosa juzgada *írrita* o *nula* proporciona ocasión para ser atacada por vía judicial, cualquiera sea la solución que arbitren las leyes procesales.

(Un ejemplo de vía procesal para el fin indicado encontramos en la ley 23.042 que habilitó el uso del habeas corpus para impugnar sentencias militares de condena en perjuicio de civiles sometidos inconstitucionalmente a la jurisdicción militar, sin perjuicio de que similar impugnación pudiera llevarse a cabo mediante recurso ante tribunales judiciales.)

Para la *revisión de las sentencias penales de condena,* ver Tomo II, cap. XXIV, nº 22, y este Tomo III, cap. XLVI, nºs. 8 y 11.

Para la *responsabilidad del estado por error judicial,* ver Tomo II, cap. XXIV, nºs. 37 a 39 y en este Tomo III los nºs. 60 y 61 del presente capítulo.

33. — La prohibición constitucional implícita de que los tribunales de alzada resuelvan cuestiones que, incluidas en la sentencia apelada, no han sido propuestas en el *recurso* por parte interesada (es decir, que no han sido apeladas), encuentra una de sus bases en el principio de la "cosa juzgada", que preserva la inmutabilidad de la cuestión (o parte) de la sentencia que no fue incorporada al recurso ni, por ende, propuesta al tribunal de alzada para su revisión. Si el tribunal de alzada resuelve una cuestión ajena al recurso que habilita su jurisdicción, viola la cosa juzgada del fallo inferior, en cuanto decide *sin jurisdicción* sobre un aspecto del mismo que quedó firme por no haber sido apelado.

34. — La supervivencia de la cosa juzgada no cesa respecto de las sentencias dictadas en épocas de facto, ni de las recaídas en períodos que se consideran afectados por defectuosidades en el funcionamiento del poder judicial, todo ello conforme a jurisprudencia de la Corte. (Ver cap. XLII, nº 2 g).

35. — Son *inconstitucionales* las leyes que, en relación con sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, *dilatan* en demasía la posibilidad de su cumplimiento o su ejecución, como asimismo las que establecen un modo de cumplimiento diferente al que surge de la propia sentencia (así, las que en caso de sumas de dinero, sustituyen su pago por medios distintos, o disponen entregas monetarias en cuotas, etc.).

Ver nº 22.

III. LA JURISDICCION, LA ACCION Y EL PROCESO

La justicia pública

36. — El estado moderno asume y reivindica *para sí* la administración de justicia; los particulares no pueden dirimir sus conflictos y resolver sus pretensiones por mano propia. El régimen moderno es un sistema de *justicia pública,* donde está abolida la justicia privada. Desde que se prohíbe a las personas hacerse justicia por mano propia, dice Alsina, el estado asume la *obligación* de administrarla.

37. — Para los métodos llamados "alternativos" ver cap. XLII, nºs. 4 a 6.

La jurisdicción

38. — Se debe a Podetti la elaboración de lo que él mismo llamó la *trilogía* estructural del derecho procesal: *jurisdicción, acción y proceso.*

La *jurisdicción* integra el poder estatal como una *función* del mismo. Se define como la potestad conferida por el estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones que les son sometidas por los justiciables. En forma más breve, se dice que es la *capacidad de administrar justicia.* (Ver nº 47 b).

La acción

39. — Podetti dice que el elemento fundamental del derecho de acción es la facultad de pedir *protección jurídica.*

La pretensión de protección o tutela jurídica no significa que el juez deba acoger favorablemente el petitorio de la parte, sino que debe tomarlo en cuenta y resolverlo con justicia.

Alsina enseña que la *acción* es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica.

La acción *no* debe ya considerarse como el "mismo derecho subjetivo en ejercicio", o como la faz dinámica y procesal del derecho subjetivo. La *autonomía de la acción* hace decir que con su ejercicio se pretende por el justiciable la tutela de un "derecho" que él alega o supone ser suyo, pero que puede no existir, y cuyo eventual reconocimiento —o su denegatoria— sólo surgirán al término del proceso con la sentencia.

40. — Debemos, entonces, distinguir dos cosas: a) la *pretensión "material"*, o sea, lo que se pide al juez que resuelva; si el proceso es contradictorio, la pretensión material se da *"contra* la parte adversaria"; b) la *pretensión "formal"*, que se da *"frente* al estado" (en cabeza del juez que entiende en el proceso) para que dicte sentencia acerca de la pretensión material.

La acción como pretensión formal es el derecho a una *prestación* que debe el *estado:* la actividad jurisdiccional o administración de justicia, que culmina con la sentencia.

41. — Para el importante tema de la *legitimación procesal* como "llave" de acceso al proceso a disposición del justiciable, ver Tomo II, cap. XXIV, nº 14, y Tomo I, cap. V, nºs. 58/59, y cap. IX, acápite VI.

Las acciones "de clase"

42. — Se hace conveniente, desde el punto de vista constitucional, reconocer el acogimiento de las llamadas acciones "de clase" y de la recíproca legitimación para hacer uso de ellas. Se trata de la acción que a través de un representante (persona física o asociación) intenta un grupo o una "clase" de personas con un interés común y compartido, en defensa del mismo. A la inversa, ese grupo o "clase" puede ser demandado.

La acción para defensa de los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva.

43. — Cuando se admiten las categorías a que alude este subtítulo (ver Tomo I, cap. IX, nºs. 45 a 47) y se recuerda que el nuevo art. 43 en su párrafo segundo depara para su tutela la acción de amparo, hay que dar por cierto que quedan inexcusablemente reconocidas por la constitución la *acción* y la *legitimación* (ver Tomo II, cap. XXVI, nºs. 22 a 30).

El proceso

44. — La actividad jurisdiccional que se moviliza a través del proceso tiene un *fin público,* que es, precisamente, *hacer justicia* a los justiciables. El proceso no es un asunto puramente privado, sino un instituto publicístico con *participación concurrente del juez y de las partes.*

Puestos frente a frente el derecho de los justiciables a la jurisdicción, y la obligación de administrar justicia, la acción procesal nos interesa en cuanto *da origen al proceso* en el cual se ejercita la función jurisdiccional a instancia de parte —o en cuanto lleva a una persona a ingresar al proceso iniciado por otra—. Con ello queda satisfecho el principio de la autonomía de la acción, que ve en la acción la *pretensión formal* incoada ante el órgano jurisdiccional para que desarrolle y tramite el proceso, donde se plantea la *pretensión material,* y donde se resuelve por la sentencia.

El derecho a la jurisdicción, movilizado en la acción y en el proceso, obliga al estado a deparar la jurisdicción, a prestar la función de administración de justicia, y a dictar la sentencia.

La sentencia encierra siempre —aunque no haga lugar a lo peticionado— una tutela a la pretensión material, desde que se supone y se exige que la resuelva con justicia.

45. — Para el *"debido" proceso,* remitimos al Tomo II, cap. XXIV, acápite V.

El derecho a la jurisdicción

46. — Remitimos al Tomo II, cap. XXIV, n$^{os.}$ 6 a 10.

Cómo satisface el estado la administración de justicia

47. — Para satisfacer la administración de justicia —y correlativamente el derecho de los justiciables a la jurisdicción— el estado debe: a) *establecer los órganos* (tribunales) del poder judicial; b) asignarles *jurisdicción y competencia;* c) dictar las *normas de procedimiento judicial.*

a) Los "órganos" son los tribunales judiciales.

b) Después de establecidos los órganos, es menester que la ley les *atribuya jurisdicción y competencia.*

La jurisdicción es la capacidad de administrar justicia; y la

competencia, la de administrarla en un caso determinado —en razón del lugar, de la materia o de las personas—.

Se dice que la jurisdicción y la competencia del tribunal que se crea por ley como "juez natural" deben ser establecidas por *ley anterior al "hecho"* del cual conocerá ese tribunal en un proceso. (Para el tema de los "jueces naturales" remitimos al Tomo II cap. XXIV, acápite III).

c) Por fin, hay que dotar de las *normas procesales* a que deben atenerse el juez y las partes.

La ausencia de normas procesales no es un obstáculo insalvable para que se sustancie un proceso. La Corte dio curso al proceso de amparo en 1957-1958 sin ley procesal que lo previera, por las razones que se explican al tratar el tema del amparo.

Ver Tomo II, cap. XXIV, nº 13.

El juez en el proceso

48. — Normalmente, el proceso no se inicia de oficio —no hay juez sin actor—. El derecho a la jurisdicción se pone en movimiento con la acción procesal. El tribunal o juez no puede ir más allá de lo que la voluntad de las partes le permite. Por eso, nuestro derecho judicial ha consagrado el principio de que lo peticionado *limita* el poder del juez, que no puede conceder un derecho más amplio que el postulado por las partes.

El llamado "principio de *congruencia*" señala, precisamente, la correspondencia que debe guardar la sentencia con las cuestiones y pretensiones propuestas por las partes.

Pero si bien el juez no puede extralimitarse en la sentencia más allá del petitorio de los justiciables, puede *suplir* el error en el derecho invocado por los mismos: *"Iura novit curia"*. O sea, debe fundar la sentencia en el derecho aplicable, prescindiendo de la calificación jurídica equivocada que le han hecho las partes (o supliéndola si la han omitido directamente). (Ver Tomo II, cap. XXIV, nº 110).

El juez no puede modificar el *"objeto" de la acción,* ni apartarse de los "hechos" que las partes le alegan; pero respetado eso puede prescindir de la *calificación* efectuada por las partes y realizar su propia calificación jurídica (de los hechos y de la relación jurídica) en virtud del citado principio "iura novit curia".

49. — La frontera que para los jueces trazan las partes en materia de *hechos* y de *prueba* no es tan rígida como para sustraerlos del deber de esclarecer la *verdad objetiva,* y de arribar a la *solución objetivamente justa* del caso. Se dice con razón que en materia de "hechos" el juez debe orientar su actividad en

búsqueda de la "verdad", y en materia de "derecho" aplicable ha de dirigirla a la "justicia".

En la valoración de los elementos probatorios acumulados en el proceso, rinde utilidad aplicar la teoría egológica en cuanto enseña que el juez *interpreta* la conducta humana "mediante la ley".

Sin caer en el informalismo total, los jueces deben superar el formalismo ritual y estéril que bien cabe descalificar como "exceso ritual manifiesto", según vocabulario acuñado por la Corte para tipificar una posible causa de arbitrariedad de la sentencia.

Por supuesto que, por más avance que se admita respecto de las facultades y deberes indagatorios del juez, unas y otros han de ceñirse al marco que los principios de bilateralidad, defensa, e imparcialidad le ponen al proceso.

Debe tenerse también muy en cuenta la serie de *garantías* en torno del debido proceso, y la fisonomía que adquiere cada una de ellas en el proceso penal y en el proceso civil.

50. — Se discute también dos cosas: a) si el tribunal puede *cambiar* el "nombre" (o la calificación) de la *acción* deducida; b) si puede *cambiar* la "acción" deducida y reemplazarla por otra distinta.

Más allá del problema doctrinario, la Corte ha considerado (en un juicio de *amparo* iniciado por una provincia contra el estado federal y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales) que cabía prescindir del "nomen iuris" (nombre de la acción) utilizado por la provincia (*acción de amparo*) y sustituirlo por otro (*acción declarativa de certeza*), pero sin alterar la real sustancia de la solicitud (o pretensión deducida en la acción). En rigor respetó la pretensión, pero cambió no sólo el nombre de la acción, sino la acción misma y la clase del proceso, ya que concedió a la provincia actora el plazo para encauzar su demanda por la vía y el trámite de la acción declarativa de certeza (en vez de la de amparo) (ver caso "Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional y/o Y.P.F.", fallado el 20 de agosto de 1985).

En cambio, si la parte actora no ha incurrido en error al calificar la acción, los jueces no están habilitados para reemplazar el proceso que aquélla quiso tramitar, por otra vía procesal distinta que consideren más adecuada o expeditiva. (Para esto último, ver el fallo de la Corte del 19 de junio de 1990, en el caso "Provincia de Neuquén c/YPF s/cobro de australes —sumarísimo—").

Los tribunales de alzada y la segunda instancia

51. — Remitimos al Tomo II, cap. XXIV, nos. 112 a 114.

Para la segunda instancia en el juicio penal, ídem, nos. 43 a 47.

El activismo judicial

52. — Augusto M. Morello ha denominado *activismo judicial* al protagonismo que asume el juez en el proceso con participación directa, intensa y continuada, sobre todo cuando se trata de la Corte Suprema o de los superiores tribunales de provincia. Un signo, entre otros, es la profundidad creativa que adquiere la interpretación normativa y la integración de las carencias de norma, incluso en el campo del control de constitucionalidad.

Es en la destreza para movilizar los parámetros reseñados donde tiene que desplegarse el activismo judicial.

La denegación de justicia

53. — Para acceder a la tipificación de la denegación o privación de justicia, extraemos un perfil definitorio dado por la propia Corte: "según doctrina del tribunal, el concepto de *privación de justicia* puede ser referido a las circunstancias en que se lo invoca, en cuanto de ellas resulte que lo decidido y apelado prive al ejercicio del derecho en debate de toda razonable *utilidad.* También ha dicho la Corte que si los tribunales pudieran *dilatar sin término* la decisión referente al caso controvertido, los derechos podrían quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes los invocan y vulneración de la garantía de defensa en juicio (Fallos, 308-694 y sus citas)".

La denegación o privación de justicia se tipifica de cuatro maneras:

a) cuando el tribunal *se niega a fallar;*

b) cuando el tribunal *demora irrazonablemente o indefinidamente su sentencia;*

c) cuando el justiciable *no encuentra tribunal competente* para que le resuelva su pretensión;

d) cuando los tribunales *no se hallan en condiciones de dictar sentencias "eficaces"* que rindan utilidad.

54. — a) Una situación que configura "denegación de justicia" se tipifica cuando el juez no cumple su *obligación* de dictar sentencia, con lo que viola el derecho a la jurisdicción del justiciable, y declina ejercer la función de administrar justicia.

b) Como el proceso debe tener una duración razonablemente acelerada en relación con la naturaleza de la pretensión, y como la

sentencia *debe dictarse en tiempo oportuno,* la *demora* en dictarla también compromete, de alguna manera, la "obligación" de sentenciar, si es que dicha obligación significa decidir no en cualquier momento ni tardíamente, sino en una *ocasión "oportuna"* que permita a la sentencia rendir *utilidad y eficacia* para la pretensión del justiciable.

c) La forma primera y tradicional de la privación de justicia se ha dado por tipificada cuando *el justiciable no halla juez competente* para que le resuelva su pretensión. En lenguaje de la Corte, producida esa situación anómala, la persona "vendría a quedar *sin jueces*", o sea, se frustraría el acceso al tribunal, que es la primera etapa del derecho a la jurisdicción; y, a la par, el estado abdicaría de su función de administrar justicia.

Cuando el justiciable no halla juez alguno ante el cual ejercitar su derecho a la jurisdicción, *la Corte interviene para decidir cuál tribunal debe conocer de la causa.* La Corte no resuelve la pretensión, pero señala cuál es el tribunal competente para ello.

d) Hay otra situación que la Corte ha equiparado a la privación de justicia. La dio por configurada cuando en los habeas corpus interpuestos durante el estado de sitio, *los jueces no pueden dictar sentencias "eficaces"* porque la autoridad a la que se requiere informe sobre la situación de las personas en cuyo favor se deduce la acción, responden que no se hallan detenidas.

Enfocando el caso, en "Pérez de Smith Ana y otros", con fecha 21 de diciembre de 1978, la Corte sostuvo que la privación de justicia no se configura solamente cuando los personas se encuentran en la imposibilidad de acudir a un tribunal judicial o cuando la decisión se aplaza en forma irrazonable o indefinida, "sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional *con la eficacia real y concreta* que, por su naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la constitución nacional ha encomendado al poder judicial".

La inmunidad (absoluta y relativa) de los estados extranjeros

55. — Por *inmunidad absoluta* se entiende el privilegio de un estado para *no ser llevado ante los tribunales de otro estado,* si el primero no consiente (en cuanto demandado) la jurisdicción de ese estado extranjero.

Por *inmunidad relativa* se entiende que ese privilegio solamente existe en *determinada clase de procesos judiciales,* pero no en todos. Precisamente, si en alguna clase de procesos fuera indispensable que un estado extranjero diera conformidad a la jurisdicción de los tribunales de otro estado para ser juzgado por ellos y la negara, se consumaría —para esos casos— una situación de *privación de justicia* para el justiciable que fuera demandante de ese estado extranjero.

La inmunidad jurisdiccional de los estados extranjeros se ha mitigado actualmente en su rigor originario. Hoy ya no es absoluta y total, porque se la reputa restringida y relativa, al solo efecto de dar cobertura a los llamados "actos de *imperio*" del estado extranjero, para de ahí en más *someter a judiciabilidad, sin necesidad del consentimiento del estado extranjero,* las cuestiones y relaciones que responden a la naturaleza de los actos "iure gestionis".

56. — Nuestra Corte Suprema, en su fallo del 22 de diciembre de 1994 en el caso "Manauta Juan José y otros c/Embajada de la Federación Rusa", hizo apelación a la amplitud del derecho del justiciable a la jurisdicción (o sea, a su tutela judicial efectiva) para decidir que había de darse curso judicial a la acción interpuesta por la parte actora contra la representación diplomática de Rusia en Argentina, pretendiendo de dicha embajada el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales en favor de personal suyo. Es posible asignar a esta sentencia el carácter de ejemplaridad —o leading case— que le asegurará reiteración futura en causas análogas.

Ello, más la reforma introducida por la ley 24.488 a los supuestos de inmunidad de los estados extranjeros, torna viable que los tribunales argentinos queden en situación de calificar si un asunto que se les somete a decisión judicial requiere la previa aceptación de la jurisdicción argentina por parte de un estado extranjero o si, al contrario, el trámite del proceso queda expedido sin sujeción a dicho acatamiento.

La inmunidad absoluta de jurisdicción de entes intergubernamentales

57. — La inmunidad total y absoluta de jurisdicción (en cualquier parte del mundo y en todas) de organismos intergubernamentales que son sujetos de derecho internacional, presenta un doble y grave defecto: *en jurisdicción argentina es inconstitucional,* por cuanto frustra el derecho a la jurisdicción que no puede ser ejercido tampoco fuera de nuestro estado; *desde el punto de vista internacional, viola una "norma imperativa" (ius cogens) del derecho internacional general* (cual es la de que la inmunidad de jurisdicción debe ser limitada), que no puede ser dejada sin efecto por acuerdo en contrario, según el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ver fallo de la Corte

Suprema del 5 de diciembre de 1983 en el caso "Cabrera W. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande").

La denegación de justicia y la jurisdicción internacional

58. — Cuando conforme al derecho internacional privado un caso iusprivatista con elementos extranjeros debe ser juzgado por tribunales de otro estado, la falta de jurisdicción y competencia en los tribunales argentinos no puede considerarse como privación de justicia. Solamente por excepción, si el justiciable no encontrara juez competente tampoco en el extranjero, podría asimilarse su situación a la de quien se ve privado de justicia en jurisdicción argentina.

Para controlar si está bien o mal declinada la jurisdicción de los tribunales argentinos en favor de tribunales extranjeros, la Corte entiende que debe abrir el recurso extraordinario; en el caso "Narbaitz, Guillermo y otra c/Citibank N.A." del 17 de setiembre de 1987, el tribunal consideró (a los efectos de declarar procedente el recurso extraordinario) que es sentencia definitiva la que priva al recurrente de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus presuntos derechos y obtener el acceso a la jurisdicción federal por cuestiones de índole constitucional.

Otras hipótesis análogas a la privación de justicia

59. — Ya fuera del diseño jurisprudencial que es habitual en la fisonomía de la privación de justicia, nuestra personal opinión propone añadiduras.

Hay por lo menos dos primeras hipótesis en las que, aunque el tribunal dicte sentencia, cabe hacer parangón con el caso de la negativa a dictarla; los proponemos así, a título de ejemplo:

a) cuando según el derecho judicial de la Corte una *cuestión política no debe ser juzgada* (y se vuelve no justiciable), la sentencia que deja de resolverla incurre en una omisión muy parecida a la del juez que se niega a fallar; aquí dicta sentencia, pero la dicta para decir enfáticamente que no puede resolver la cuestión política; y eso es "no juzgar";

b) cuando ante una *omisión legislativa reglamentaria*, la sentencia alega que *no puede suplirla* porque de hacerlo el juez se convertiría en legislador y violaría la división de poderes, se configura otra situación harto parecida: aquí dicta sentencia, pero la dicta para decir que no puede cubrir la laguna legal porque si el legislador no le ha proporcionado la norma reglamentaria de una cláusula constitucional programática, la omisión es judicialmente irremediable;

c) Una tercera cuestión es ésta: la *negación de legitimación procesal*, cuando es inconstitucional, también configura denegación de justicia, porque priva al justiciable de la "llave" o herramienta procesal para hacer valer judicialmente su pretensión jurídica razonable.

La responsabilidad del estado por su administración de justicia

60. — El tema no cuenta con tratamientos frecuentes ni numerosos en nuestro ambiente doctrinario. El ámbito que mayor atención ha merecido ha sido el del *error judicial en materia penal,* porque la condena a un inocente siempre ha suscitado valoraciones negativas una vez que la sentencia ha sido objeto de revisión.

Pero es indudable que la responsabilidad del estado por la actuación y las sentencias de sus tribunales *no se circunscribe al caso de la condena penal;* se extiende a todos los campos (civil, comercial, laboral, etc.).

No obstante, ha de tomarse en cuenta una noción elemental previa como pauta general que, no obstante, admite excepciones en algunos casos. Cuando se imputa responsabilidad al estado por sus sentencias, parece indispensable conciliarla con el principio de la *cosa juzgada;* una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no presta sustento a la pretensión de responsabilizar al estado por haberla dictado. Hace falta que previamente la sentencia por la que se responsabiliza al estado sea *dejada sin efecto.*

Este criterio ha sido señalado por la Corte Suprema en su fallo del 14 de junio de 1988 en el caso "Vignoni Antonio S. c/Estado de la Nación Argentina", a tenor de la siguiente doctrina: "...en principio cabe señalar que sólo puede responsabilizarse al estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley".

61. — La responsabilidad del "estado-juez" no necesita, en nuestra opinión, de ley alguna que le preste reconocimiento, porque encuentra fundamento en la propia constitución, en cuanto ésta prioriza el afianzamiento de la justicia y los derechos personales.

Actualmente, la indemnización por error judicial en caso de condena penal, cuenta con norma expresa en el derecho argentino, porque la prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.6) y el Pacto de San José de Costa Rica (art. 10), que tienen jerarquía constitucional.

La responsabilidad del estado-juez viene asimismo contemplada en algunas constituciones provinciales.

Ver Tomo II, cap. XXIV, nos. 37 a 39.

CAPÍTULO XLVI

EL DERECHO JUDICIAL

I. LA "CREACIÓN DE DERECHO" POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES. - Su noción. - Las sentencias con generalidad normativa. - *A) La jurisprudencia vinculatoria.* - *B) El sistema del "stare decisis".* - *C) La sentencia "modelo" y su imitación ulterior espontánea.* - II. LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL. - Igualdad "de ley" e igualdad "de interpretación". - *La variación sucesiva del derecho judicial.* - La interpretación "uniforme". - III. LA NORMA GENERAL Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL. - Su concepto. - "Aplicación" y "creación". - *La "individualización" de la norma general en la sentencia.* - La interpretación judicial de la constitución. - *El derecho judicial en materia de interpretación constitucional.* - La jurisprudencia "uniforme" y el recurso extraordinario federal. - La constitucionalidad de la jurisprudencia vinculatoria.

I. LA "CREACION DE DERECHO" POR LOS ORGANOS JUDICIALES

Su noción

1. — Parece imposible negar que el derecho se crea u origina también por vía judicial, o sea, por la *jurisprudencia* de los tribunales. Si a esta creación le asignamos el tradicional título de "fuente", la jurisprudencia o el derecho judicial son fuente del derecho.

Para el tema del derecho judicial como fuente, remitimos al Tomo I, cap. I, nos. 27 a 29.

Las sentencias con generalidad normativa

2. — Son diversos los sistemas que traducen visiblemente una creación *generalizadora* de derecho judicial, o sea, no sólo para el caso, sino para otros casos análogos, futuros o posteriores.

Para el *caso concreto* sentenciado, toda sentencia crea derecho: el *derecho* "del caso". La sentencia siempre es norma individual creadora de derecho.

Pero, además de esa situación, y sin dejar de ser nunca una norma *indivi-*

l para el caso resuelto, la sentencia puede tener o adquirir *generalización,* la medida que crea un derecho extensivo a otros casos, o a terceros ajenos proceso en que recayó.

Proponemos considerar al derecho judicial como *fuente* del derecho cons-cional sólo en el caso de producirse la referida *generalización* de la sentencia.

La jurisprudencia vinculatoria.

3. — En primer lugar, la jurisprudencia vinculatoria es la que una *obligatoriedad* intrínseca emanada de la constitución o de ey, debe ser *acatada* en el futuro porque surte efecto *erga ommes.* o puede tener distintos grados:

a) significa una interpretación de derecho sobre la norma apli-la, que en el futuro deberá ser *aplicada tal cual se la interpretó:* por los órganos *judiciales dependientes* (sea del mismo fuero, si un tribunal de alzada de ese fuero; sea por todos los órganos liciales, si es un tribunal de casación para todos los fueros); a") por *mismo tribunal* que interpretó la norma, hasta que él mismo difique su interpretación anterior; a"') por los *órganos de otros leres* distintos al judicial; etc.;

b) significa una interpretación de derecho sobre la norma apli-la, la que por esa misma interpretación queda *derogada* o inva-ada, o sea, que *no se puede aplicar más:* b') ni por los otros órganos liciales dependientes; b") ni por los *órganos de otros poderes* tintos al judicial (efecto automático o ipso jure; por ej.: una claración de inconstitucionalidad erga ommes que deroga la norma onstitucional).

c) significa una interpretación de derecho sobre la norma apli-la que, por esa misma interpretación, *obliga* a otro órgano a *dero-r* la norma, o a *no promulgarla,* o a no ponerla en vigor, etc.

El sistema del "stare decisis"

4. — En segundo lugar, encontramos el sistema del *stare decisis,* nforme el cual los jueces deben fallar las causas ateniéndose a los ecedentes en casos análogos.

La sentencia como norma *individual,* sin perder el carácter de la cosa gada, alcanza *generalidad normativa* para futuros casos similares, "porque una norma establecida cumplir con los precedentes anteriores cuando los smos puntos vuelven a ser controvertidos" (Blackstone).

La virtud operante del stare decisis —dice Cueto Rúa— se encuentra en la circunstancia de que él atribuye valor de fuente normativa a las sentencias precedentes.

C) La sentencia "modelo" y su imitación ulterior espontánea

5. — Por último, sin estar formalmente institucionalizado el régimen de vinculatoriedad, o sin aplicarse el sistema del stare decisis, puede la jurisprudencia actuar *espontáneamente* como fuente del derecho para casos generales; basta que por el prestigio del tribunal, o por la índole de la materia decidida, una sentencia adquiera *ejemplaridad* como precedente *más allá* del caso resuelto, y sea susceptible de provocar *seguimiento,* imitación o reiteración en situaciones análogas del futuro.

Esta tercera forma del derecho judicial puede mostrarnos dos variantes fundamentales:

a) la sentencia modelo se ejemplariza con carácter general, originando seguimiento futuro por el *mismo tribunal* en casos análogos, o por *tribunales distintos;*

b) la sentencia modelo es aceptada como pauta normativa por *otros órganos del poder,* fuera del poder judicial.

En el caso del inc. a) la ejemplaridad de la sentencia circula en el ámbito del poder judicial y del derecho judicial; en el caso de inc. b) la proyección se desliza a órganos de poder ajenos al judicial, y lo hemos comprobado cuando el autor de una norma declarada inconstitucional por la Corte la deroga o modifica para ajustarse a la pauta del derecho judicial.

II. LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL

Igualdad "de ley" e igualdad "de interpretación"

6. — El propósito estrictamente constitucional que persigue la uniformidad de la jurisprudencia es, para nosotros, dar resguardo y efectividad a la *igualdad jurídica* de los justiciables, de forma que cuando una norma (de cualquier naturaleza que sea) tiene vigencia en una jurisdicción territorial (parcial o total) del estado por imperio de la constitución (o sea, es igual para todos), la *interpretación judicial* de esa norma por los distintos tribunales judiciales (locales o federales) debe también ser *uniforme* en casos análogos.

Sabemos que nuestra constitución consagra la *igualdad ante la ley;* pero la ley *igual para todos* es una norma *general,* cuyo destino intrínseco es individualizarse a través de normas más concretas en casos singulares; o sea, recaer sobre situaciones particulares. Y si en esa aplicación individualizada se la interpreta de modo *contradictorio* en situaciones *análogas* "simultáneas" la igualdad padece porque, para cada justiciable en cada caso sentenciado, la ley es lo que el tribunal que la aplica dice que es. De donde la igualdad ante la ley —mantenida en la igual norma *general* para todos— requiere completarse con la igualdad *jurídica,* que es más amplia, porque incluye también la igual *aplicación* de esa ley en casos semejantes simultáneos, a través de las normas individuales.

La variación sucesiva del derecho judicial

7. — Cuando la interpretación judicial de una misma norma *cambia sucesivamente en el tiempo* (y no "simultáneamente"), no cabe —como principio— hablar de violación de la igualdad, porque si el derecho (legal o judicial) no pudiera variar con el transcurso del tiempo, habría que inmovilizarlo y sustraerlo a toda reforma o modificación. No cabe comparar el derecho de "hoy" con el de "ayer" para inferir desigualdades.

8. — No obstante, en *materia penal* hay que hacer una reserva: todas las personas que han cometido un mismo delito durante el lapso en que el derecho judicial de la Corte ha considerado *inconstitucional* a la ley penal incriminatoria, deben ser tratadas *igualitariamente,* aunque la sentencia que se dicte para una o más de ellas recaiga en un tiempo ulterior durante el cual, con un cambio en la jurisprudencia anterior, la Corte sostenga que la ley antes declarada inconstitucional no lo es. O sea que la primera jurisprudencia debe ser *ultraactiva.*

Si, a la inversa, la variación temporal de la jurisprudencia se desplaza desde una primera etapa en que la ley es declarada *constitucional* a otra posterior en que se la declara *inconstitucional,* los condenados en la primera etapa han de merecer la *revisión* de su sentencia condenatoria y ser *absueltos* en virtud de la jurisprudencia posterior. Ello por la debida opción en favor de la *mayor benignidad* de la primera interpretación judicial (por analogía con el principio de la ley penal más benigna, dando por cierto que la ley es "la norma legal *más* su interpretación judicial"). O sea, la nueva jurisprudencia ha de ser *retroactiva.*

Remitimos al Tomo I, cap. X, nº 42.

9. — Hemos de ampliar ahora una reflexión adicional acerca de ese *efecto* que en el tiempo produce el fenómeno de la *variación sucesiva del derecho judicial emergente de la Corte Suprema,* cuando ésta interpreta la misma ley de manera diferente en etapas evolutivas de su jurisprudencia. Lo que cambia, entonces, no es la "letra" de la ley, sino el "sentido" que esa interpretación judicial le asigna al aplicarla

a casos similares. ¿El cambio surte —o ha de surtir— efectos a partir del momento en que se opera (o sea, hacia *adelante,* o hacia el *futuro*) o los produce —o debe producirlos— *retroactivamente*?

10. — Los cambios en las interpretaciones judiciales de una misma norma que se registran en la jurisprudencia de la Corte son numerosos, así como las oscilaciones sucesivas que, respecto de ciertas leyes, han alternado declaraciones de inconstitucionalidad y constitucionalidad.

Para detectar si cada sentencia que modifica a la jurisprudencia anterior tiene efecto *a partir del cambio* o, en algunos casos, *lo surte retroactivamente,* es bueno tomar un ejemplo.

En 1986 la Corte sostuvo en el caso "Strada" que los juicios tramitados ante tribunales de provincia que —a su término— se pretendían llevar por recurso extraordinario federal ante ella, debían agotar antes la instancia provincial y lograr decisión del superior tribunal de la provincia sobre la cuestión constitucional federal. Inmediatamente, en un fallo posterior aclaró que ese nuevo criterio judicial solamente se haría aplicable a los recursos que se interpusieran contra sentencias provinciales que fueran notificadas a las partes después de la fecha en que se resolvió el caso "Strada" (8 de abril de 1986).

Estamos, pues, ante un *efecto hacia el futuro* —y no retroactivo— de una jurisprudencia que innovó respecto de la precedente.

11. — Para una hipótesis opuesta en *materia penal,* ver en el nº 8 cómo hay casos en los que personalmente asignamos a una innovación jurisprudencial el *efecto ultraactivo* (de una jurisprudencia anterior para aplicarse a procesos que se sentencian después de su cambio) y a otra innovación el *efecto retroactivo* (de una jurisprudencia posterior para aplicarse en revisión de sentencias dictadas antes).

La interpretación "uniforme"

12. — Para preservar la igualdad jurídica en su sentido y su alcance constitucionales es preciso *uniformar* la interpretación judicial de la norma general (ya que no es posible suponer la aplicación de esa norma en todos los casos por el mismo tribunal). Por ende, de la "legislación *única*" hay que pasar a la "*interpretación* también *única*" de la ley, no obstante la pluralidad de órganos judiciales de aplicación (cuando las "circunstancias" de los casos son análogas).

Vamos a dividir el problema de la interpretación "uniforme" en tres campos: a) cuando esa interpretación versa sobre una norma de la *constitución formal* o de *tratados internacionales con jerarquía constitucional;* b) cuando versa sobre normas infraconstitucionales de carácter *federal* (por ej., leyes federales, tratados internacionales

sin jerarquía constitucional, etc.); c) cuando versa sobre normas de *derecho "común"*. Los dos primeros incisos componen el derecho estrictamente "federal".

a) Una norma de la *constitución,* o de un *tratado con su misma jerarquía,* o una norma infraconstitucional *federal,* pueden ser interpretadas no sólo por tribunales federales, sino también por tribunales provinciales, y en ambos casos puede producirse simultáneamente en casos análogos una serie de interpretaciones (sentencias) divergentes u opuestas por parte de las diferentes decisiones judiciales emanadas de aquella pluralidad de tribunales.

a') Si el juicio en el que recae la sentencia interpretativa de normas de la constitución o de normas infraconstitucionales federales *ha tramitado desde su iniciación ante tribunal federal* (porque la causa estaba "directamente" regida por aquellas normas), el único problema a efectos de la unificación de la jurisprudencia contradictoria radica en institucionalizar o admitir una vía procesal para que dentro de la misma jurisdicción federal un tribunal único realice finalmente aquella unificación (actualmente esta vía puede y debe ser el *recurso extraordinario* ante la Corte);

a") Si el juicio *ha tramitado desde su iniciación ante tribunal provincial* (porque la causa no estaba "directamente" ni "especialmente" regida por normas de la constitución federal o de tratados de su misma jerarquía, o por normas infraconstitucionales federales, pero guardaba relación con ellas) hay que unificar la jurisprudencia contradictoria y que hallar una vía que permita llevar la sentencia del tribunal provincial ante un tribunal federal, lo que implica "salir" de la jurisdicción provincial para "entrar" finalmente en jurisdicción federal (situación que no se daba en el inciso anterior, porque en él presuponíamos que la causa estaba ya desde su inicio en jurisdicción federal); por ende, el problema de la unificación de jurisprudencia contradictoria también se reduce —a la postre— a institucionalizar o admitir una vía procesal para dar el salto a la jurisdicción federal y para que en ésta un tribunal único realice aquella unificación; actualmente esa vía puede y debe ser también el *recurso extraordinario* ante la Corte.

b) La cuestión se agrava más cuando enfrentamos la jurisprudencia contradictoria en materia de *derecho "común"*. Sabemos que por el art. 75 inc. 12 (en su primera parte) las normas de derecho común (códigos de fondo) son dictadas por el congreso para todo el país, pero habiendo tribunales federales

y tribunales provinciales, las leyes "comunes" deben ser aplicadas por tribunales locales cuando las cosas o las personas caen bajo su respec jurisdicción (art. 75 inc. 12). O sea que no es posible sacar el "juzgamiento esos casos de la jurisdicción provincial; pero, *sin sustraerlos* a ella, creemos la *interpretación* (del derecho común aplicable) puede *unificarse* por vía *casación constitucional federal* sin deterioro de las autonomías provincia porque la *aplicación* de la ley la harán siempre los tribunales de provi (interpretando si el caso es subsumible en la ley, si la situación configurad la litis encuadra en sus normas, etc.); hecha esa interpretación y resuelt aplicación de la ley al caso, el tribunal provincial *aplicará la ley tal como lo "interpretado"* el tribunal federal de casación.

El problema consiste, entonces, en institucionalizar la vía procesal d casación federal.

No existiendo casación, estimamos que actualmente la unificación de ju prudencia contradictoria en materia de derecho común debería lograrse po carril del *recurso extraordinario* ante la Corte.

Ver nº 21.

III. LA NORMA GENERAL Y LA INTERPRETACION JUDICIAL

Su concepto

13. — Aclarado el carácter creador de la jurisprudencia co fuente del derecho, hay que analizar en qué orden de prelación ubica la jurisprudencia constitucional dentro del mundo jurídic

Nuestra Corte ha afirmado que la jurisprudencia tiene un *va análogo al de la ley,* porque integra con ella una realidad jurídi no es una norma nueva sino la *norma interpretada* cumpliendo función rectora en el caso concreto que la sentencia decide.

La ley, dice García Pelayo, no es sólo lo que el congreso quiso, s también lo que resultó de ella *después de pasar* por la interpretac judicial. No es de asombrar, entonces, que Woodrow Wilson h sostenido en Estados Unidos que la Corte Suprema es una esp de convención constituyente en sesión continua, porque la creac judicial en aplicación de la constitución es el verdadero dere constitucional *positivo,* incorporado a la constitución *material.*

14. — Cuando la Corte ha reiterado que la interpretación judicial tien valor análogo al de la ley porque integra con ésta una realidad jurídica aplicado este criterio también en *materia penal* para sostener que no son constitucionales los *fallos plenarios* que interpretan normas del código pe porque en tanto se limitan a interpretarlas para determinar su aplicabilid

un caso, no introducen elementos extraños al tipo penal descripto por la ley, sino que determinan su alcance (ver, por ej., el fallo del 8 de setiembre de 1992 en el caso "Gómez José Marciano").

"Aplicación" y "creación"

15. — El derecho sociológicamente vigente es la *norma* "más" la *interpretación judicial;* todo órgano del poder —y también, por ende, el órgano judicial— dispone de cierto *margen de arbitrio* en el ejercicio de sus competencias. En un orden jurídico escalonado y graduado, toda creación jurídica que hace un órgano está, en la forma y en el contenido, *subordinada* a planos jurídicos superiores; si la creación judicial es sublegal (y aun subadministración, porque también la obligan los decretos, reglamentos, etc.), su creación jurídica opera con un "arbitrio *limitado*": el juez no es mero aplicador de normas mediante formulación automática de silogismos, pero tampoco un creador de "derecho *nuevo*" porque en el uso de aquel arbitrio *crea un derecho* —la sentencia— en función de planos superiores que condicionan la creación.

Aun así, tampoco nos plegamos a la Corte cuando dice que la jurisprudencia no crea una norma "nueva" (ver nº 13), porque la sentencia —aunque condicionada por el derecho vigente— es una *norma nueva* creada por el juez que la dicta. Lo que sí es cierto es lo siguiente: la norma aplicada en la sentencia "más" la sentencia componen una *misma realidad jurídica.*

La "individualización" de la norma general en la sentencia

16. — Nos damos cuenta de que la norma general está convocada a su aplicación *singular,* o sea, a *individualizarse.* Una forma de esta individualización es la *sentencia.* En la sentencia que interpreta y aplica normas constitucionales está la constitución individualizada, y *la constitución individualizada es la sentencia.* Por eso, en el plano constitucional, se ha dicho en Estados Unidos que *la constitución "es" lo que "los jueces dicen que es".*

La *sentencia,* entonces, es la norma "individual" del caso resuelto (creación judicial de derecho para el caso); y el *derecho judicial* (que es "fuente" del mundo jurídico) es la *norma general* (no escrita) que se proyecta (o generaliza) desde la sentencia "modelo" por la ejemplaridad que induce a imitarla en casos posteriores análogos.

17. — La sentencia como norma individual del caso es una norma expresamente formulada *(escrita),* en tanto las normas del derecho judicial (proyectadas por generalización de la sentencia-modelo) *no están escritas* en cuanto normas generales, sino que son captadas como tales por el observador, de modo análogo a las normas del derecho "no escrito" (consuetudinario y espontáneo).

De ese modo, la norma general que surge como proyección de la sentencia y que es derecho judicial *generalizado,* se adosa o adhiere a la norma general aplicada e interpretada en la sentencia, para convertirse en la norma general vigente sociológicamente.

La interpretación judicial de la constitución

18. — Todo esto significa que la interpretación jurisprudencial que la Corte hace de la constitución, *integra el derecho federal* con el mismo rango de la constitución. O sea que el *derecho judicial* acompaña, como "fuente", a la misma fuente (constitución formal) que interpreta y aplica; la creación por vía de jurisprudencia se coloca *al lado* de la norma interpretada, porque es la misma norma que *ha pasado* por la interpretación judicial. Y *la interpretación jurisprudencial de la constitución integra la propia constitución con su misma jerarquía dentro del derecho federal, cuando aquella interpretación emana de la Corte Suprema.* (Ver Tomo I, cap. V, nº 35).

Por eso creemos que los *tribunales inferiores* (los federales y también los provinciales) *deben ajustar* a la jurisprudencia de la Corte las decisiones que dictan sobre puntos regidos por la constitución. Cuando esos tribunales son provinciales, tal subordinación responde al esquema de la estructura federal de nuevo régimen, expresado en los arts. 5º y 31 de la constitución, porque el derecho federal (en el cual ubicamos a la jurisprudencia de la Corte en materia constitucional) prevalece sobre los ordenamientos jurídicos provinciales.

19. — Es verdad que ninguna norma *escrita* consagra la obligación formal de los tribunales inferiores de acatar la jurisprudencia de la Corte, pero ésta ha reiterado que *carecen de fundamento* las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los "precedentes" de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el alto tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia.

En su voto al fallo de la Corte del 13 de agosto de 1992 en el caso "Carpineti de Goicochea Nélida s/quiebra", el doctor Fayt sostuvo que "la eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercida por los jueces también requiere la existencia de un tribunal supremo encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto. En el régimen de la constitución, tal órgano no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por consiguiente, el carácter supremo que la ley fundamental ha concedido al tribunal determina que la

doctrina que éste elabore con base en la constitución, resulte el paradigma del control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcances de su ejercicio (conforme lo establecido *in re* D-309.XXI. "Di Mascio Juan R., interpone recurso de revisión en expediente 40.779" de diciembre 1-1988)".

El derecho judicial en materia de interpretación constitucional

20. — Este criterio no es reciente. Nos interesa destacar que registra precedentes, entre los que citamos uno de hace ya muchos años. El 6 de octubre de 1948, al fallar el caso "Santín Jacinto" (todavía vigente la constitución de 1853 antes de su reforma de 1949), la Corte sostuvo que "tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en ejercicio de su función propia, es que la interpretación de la constitución nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la república (arts. 100 de la constitución y 14 de la ley 48)". Y por eso, seguía diciendo el fallo, "apartarse de esa jurisprudencia, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos... importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad". Y ello era suficiente para apercibir a los jueces que incurrieron en esa actitud, como lo entendió y lo hizo la Corte en aquella ocasión.

Podemos considerar al principio expuesto como norma general vigente en el derecho judicial actual.

La jurisprudencia "uniforme" y el recurso extraordinario federal

21. — Volvemos a advertir que actualmente, sin reforma legal alguna, el recurso extraordinario puede y debe servir de cauce procesal para llevar ante la Corte Suprema la revisión de sentencias que, *por contradicción de jurisprudencia, violan la igualdad jurídica.* La "cuestión constitucional" que daría andamiento al recurso extraordinario sería la invocación de esa *igualdad jurídica,* lesionada en cualquier sentencia que, comparada con otra u otras dictadas por el mismo tribunal o por otros, acusara interpretación divergente simultánea de una misma norma (de cualquier naturaleza) de casos semejantes. (Ver Tomo I, cap. X, nº 41).

22. — Vale recordar que la constitución de 1949 —abrogada en 1956— estableció en su art. 95 que "la interpretación que la Corte Suprema de Justicia

haga de los artículos de la constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será *aplicada obligatoriamente* por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia". (Dicha ley nunca fue dictada entre 1949 y 1956.)

23. — Un fallo aislado de nuestra Corte, que data del 30 de noviembre de 1953 (durante la vigencia de la constitución de 1949) en el caso "Goeschy Alejandro c/Astengo Enrique S.A.", consideró procedente el recurso extraordinario para tutelar la garantía constitucional de la igualdad comprometida por la jurisprudencia contradictoria.

Este criterio, al cual adherimos, no ha contado después con acogida favorable, y ha quedado descartado por la misma Corte posteriormente. Como indicio de ello, la sentencia dictada el 7 de diciembre de 1955 en el caso "Rovegno Pedro Jorge c/Ducilo S.A.", sostuvo que la igualdad asegurada por la constitución es la igualdad "ante la ley", y que la *desigualdad* derivada de la existencia de *fallos contradictorios no viola* la garantía de la igualdad, que no obsta a la desigualdad de hecho cuando ésta es producto de la interpretación de la ley en una similar situación jurídica, porque la potestad de juzgar incumbe a los diversos tribunales al aplicar la ley conforme a su propio criterio.

Como consecuencia de ello, *el recurso extraordinario no es actualmente hábil,* según la Corte, para lograr la unificación de jurisprudencia divergente.

La constitucionalidad de la jurisprudencia vinculatoria

24. — Cuando reivindicamos que en determinados casos una sentencia debe ser de aplicación obligatoria con carácter general (ver para las modalidades posibles los nos. 2 a 5) surge en seguida un argumento que no nos convence. Se suele decir que aquel efecto general viola la división de poderes, porque solamente las leyes tienen carácter de normas "generales y obligatorias"; una sentencia, por ende, no podría imitar la naturaleza material de la ley.

Como ya en el cap. XXXV expusimos nuestro criterio sobre la naturaleza o sustancia de la función legislativa (nos. 3/4), ahora nos limitaremos a afirmar que:

a) si acaso una sentencia reviste carácter de norma general y obligatoria, tal generalidad obligatoria es solamente un *efecto o consecuencia* de la sentencia, que no hace a su esencia y que no altera ni desvirtúa la naturaleza que toda

sentencia tiene como norma individual; a) por ende, tal sentencia no implica ejercicio de la función legislativa, ni vulnera la división de poderes; no hay, pues, inconstitucionalidad;

b) de ahí que los fallos llamados "plenarios" no sean inconstitucionales.

CAPÍTULO XLVII

EL CONTROL Y LA JURISDICCION CONSTITUCIONALES

I. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. - Su concepto. - *Las sentencias constitucionales.* - La jurisdicción constitucional en el derecho constitucional argentino. - *El sentido histórico de la jurisdicción constitucional y el art. 31 de la constitución.* - *Lineamiento de los fines y del contenido de la jurisdicción constitucional.* - La cuestión constitucional (federal, provincial y mixta). - *La titularidad de un derecho y la legitimación procesal.* - *Las cuestiones constitucionales provinciales conexas con una cuestión federal.* - *La denegatoria de juzgamiento de cuestiones constitucionales (federales o provinciales) en jurisdicción provincial.* - La jurisdicción federal y la provincial en la decisión de las cuestiones constitucionales. - Algunos aspectos trascendentes del control constitucional. - *A) Los derechos humanos.* - *B) La razonabilidad.* - *C) La inconstitucionalidad consumada en la "interpretación" y "aplicación" de una norma.* - *D) El juicio de previsibilidad sobre los efectos del control constitucional.* - *E) Los "efectos" de las normas.* - La prohibición legal del control constitucional. - II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SIN PETICIÓN DE PARTE. - Los problemas preliminares. - El juez y las partes en el caso judiciable: el "iura novit curia". - El control de constitucionalidad y la interpretación y aplicación del derecho al caso. - El equilibrio de poderes y el control "de oficio". - La presunción de legitimidad de los actos estatales y el control "de oficio". - El principio de congruencia, la arbitrariedad por sentencia "extrapetita", y el control "de oficio". - El control "de oficio" no viola la defensa en juicio. - El control de oficio por los tribunales provinciales. - El control "de oficio" según las vías procesales. - III. POSIBLES AMPLIACIONES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. - "Causa" judicial y "caso contencioso". - Las acciones de inconstitucionalidad. - La acción declarativa de inconstitucionalidad "pura". - *La diferencia con la acción popular.* - *La inserción posible de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura en nuestro sistema.* - La acción declarativa de certeza. - La abrogación de leyes inconstitucionales por efecto de una sentencia declarativa de su inconstitucionalidad. - *La teoría del legislador negativo.* - *El derecho público provincial.* - El sometimiento voluntario a un régimen jurídico. - El control constitucional "en" los fallos plenarios y "de" los fallos plenarios. - IV. LAS CUESTIONES "POLÍTICAS" NO JUDICIABLES. - Su encuadre constitucional. - El art. 116 de la constitución y las cuestiones políticas. - Los argumentos en contra de la judiciabilidad. - *La "división de poderes"* - *Las facultades "privativas".* - *Las retracciones del control.*

I. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Su concepto

1. — Por "jurisdicción constitucional" suele entenderse la función jurisdiccional ejercida para tutelar, mantener y controlar la *supremacía de la constitución.* La referida tutela parece recaer, fundamentalmente, sobre la actividad que, por ser infractora de la constitución, se califica como *inconstitucional* o anticonstitucional.

Es vocablo análogo, o quizá sinónimo, de "jurisdicción" constitucional el de *"justicia" constitucional.*

Por analogía y aproximación, en el derecho comparado a veces encontramos también incluidos en la jurisdicción constitucional otros casos como: a) actividad ilícita de titulares de órganos del poder (*enjuiciamiento político* por mal desempeño, alta traición, violación de la constitución, etc.); b) *conflictos de poderes* entre órganos del poder.

Entendemos que, en un sentido amplio, la jurisdicción constitucional comprende también la *interpretación* de la constitución, aunque al efectuarla no se arribe a una declaración de inconstitucionalidad. Por supuesto, también la *integración* de los vacíos normativos de la constitución.

Para la *interpretación y la integración constitucionales,* remitimos al Tomo I, cap. III.

2. — La jurisdicción constitucional se vincula con el *derecho procesal constitucional,* si es que a éste se le asigna como eje de rotación —según postula Sagüés— la dualidad que integra a aquella jurisdicción: *magistratura constitucional,* y *procesos constitucionales.*

Por ende, la jurisdicción constitucional despliega en el derecho procesal constitucional dos ámbitos conexos: a) la organización de las *estructuras* (o los órganos) que ejercen dicha jurisdicción (principalmente los judiciales); y b) los *procesos* en que se deciden, por razón de materia, cuestiones constitucionales.

Remitimos, para el derecho procesal constitucional, al Tomo II, cap. XXIV, acápite VII.

3. — En orden a la jurisdicción constitucional existen dos tesis principales:

a) una sostiene, *en sentido "material",* que se trata de toda actividad jurisdiccional del estado que decide cuestiones de *naturaleza constitucional,* tanto si existe un órgano especializado para ello,

como si dicha actividad pertenece a los órganos judiciales comunes;

b) otra sostiene, *en sentido "orgánico"*, que tal jurisdicción sólo existe en los sistemas que tienen órganos específicos, especializados, y distintos de los comunes del poder judicial, como son los Tribunales o Cortes Constitucionales (como en España, Colombia, Italia, Alemania, Guatemala, etc.).

En forma cuasi paralela, la primera postura admite que el llamado "proceso constitucional" es el que tiende, materialmente, a resolver *cuestiones constitucionales* (inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, etc.), sin que importe qué órganos son los competentes; en tanto la segunda posición define al "proceso constitucional" como aquél que está exclusivamente a cargo de órganos especiales dotados de competencia en materia constitucional.

Parece preferible la teoría material, que detecta a la jurisdicción constitucional y al proceso constitucional por la *materia* o naturaleza de la cuestión, y no por el órgano (ver nº 4).

En este sentido, no nos cabe duda de que en el *derecho constitucional federal argentino existe jurisdicción constitucional*, en la medida en que funciona el control constitucional en sede judicial dentro del esquema que explicamos al estudiar la supremacía y el control constitucionales (ver Tomo I, cap. V).

4. — A nuestro juicio, cada vez que en un proceso judicial se inserta y hay que decidir una *cuestión constitucional*, hay en juego, en ese aspecto y en su recíproca medida, *jurisdicción constitucional, proceso constitucional, y derecho procesal constitucional*. Por ende, cualquier clase de proceso (civil, comercial, laboral, penal, etc.) puede albergar en su seno un perfil de proceso constitucional, como también acaso, desde cualquier proceso, puede abrirse a su término una vía recursiva que merece a la vez el nombre de proceso constitucional —como lo es, por ejemplo, en nuestro régimen, el recurso extraordinario en el orden federal, y los que le resultan equivalentes en las administraciones judiciarias provinciales—.

Creemos aproximarnos, de este modo, a María Mercedes Serra cuando al definir al derecho procesal constitucional apunta a la instrumentación jurisdiccional de la supremacía constitucional.

De tal encuadre surge que el proceso constitucional es el que tiene por objeto la *"materia" constitucional*, de forma que cuando tal materia hace parte de un proceso, total o parcialmente, *el proceso es constitucional*.

Las sentencias constitucionales

5. — A las sentencias que ponen término a un proceso total o parcialmente constitucional se las llama sentencias constitucionales. Sin duda, el adjetivo que se usa para calificar al proceso y a la sentencia obedece —otra vez— a la *materialidad* de la cuestión que hace de objeto a uno y a otra.

No cabe duda de que la expresión más alta y acabada de las sentencias constitucionales viene dada por las que provienen del *tribunal superior en cada administración judiciaria* y del *Tribunal* o *Corte que monopoliza el control de constitucionalidad* cuando el sistema es concentrado.

En nuestro sistema, pues, la referencia queda hecha a la Corte Suprema y, en las jurisdicciones provinciales, a los superiores tribunales locales.

La jurisdicción constitucional en el derecho constitucional argentino

6. — Remitimos al Tomo I, cap. V, nos. 45 a 64.

7. — Nuestra jurisdicción constitucional puede reputarse abarcadora de dos aspectos: a) uno "negativo", cuando descalifica normas o actos contrarios a la constitución y los declara inconstitucionales; b) otro "positivo", cuando realiza "interpretación" de normas constitucionales o infraconstitucionales.

A estos dos aspectos parece aludir la Corte cuando en su jurisprudencia dice que "el control de constitucionalidad de las leyes que compete a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, *no se limita a la función en cierta manera negativa, de descalificar una norma* por lesionar principios de la ley fundamental, sino que *se extiende positivamente a la tarea de interpretar* las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permita".

8. — Bianchi considera, con razón, que la jurisdicción constitucional en nuestro orden federal derivó de un *poder implícito* del poder judicial, ya que la constitución histórica no asignó expresamente —ni siquiera en sus arts. 116 y 117— dicha jurisdicción a los tribunales federales. Después de *la reforma de 1994*, el art. 43 ha incorporado una alusión al control judicial de constitucionalidad (ver Tomo II, cap. XXVI, nº 16).

El sentido histórico de la jurisdicción constitucional y el art. 31 de la constitución

9. — Cuando se lee detenidamente el art. 31, se infiere de su letra que el espíritu y la "ratio" de la supremacía federal que reafirma, provienen de la

norma análoga de la constitución federal de los Estados Unidos de 1787.

El objetivo básico originario radicaba en impedir la disgregación y la desintegración de la unidad federativa mediante el reaseguro de la supremacía federal *respecto del derecho* provincial. Por ende, lo que importaba era que el derecho provincial no transgrediera el bloque federal de "constitución-leyes del congreso-tratados".

De ahí que si en jurisdicción provincial se resolvía judicialmente un conflicto entre aquel bloque federal y el derecho local a favor del primero, declarándose la inconstitucionalidad de las normas provinciales opuestas, no estuviera en juego la necesidad de hacer llegar la cuestión a la jurisdicción federal. Esta debía reservarse para la hipótesis inversa.

Quizá por eso, y como un resabio, la ley 48 puso como requisito para el recurso extraordinario ante la Corte que la resolución provincial apelada fuera "contraria" al derecho federal.

Por supuesto que, posteriormente, y con mayor razón ahora, aquel panorama primitivo haya debido y deba ser ampliado en mucho para abastecer íntegramente al sistema garantista de defensa de la constitución en todo su vasto espectro.

Lineamiento de los fines y del contenido de la jurisdicción constitucional

10. — La jurisdicción constitucional en Argentina dentro del ámbito federal admite diseñar sus finalidades y su contenido de la siguiente manera:

a) En la medida en que *todos los tribunales de justicia*, tanto *federales* como *provinciales*, tienen a su cargo el control constitucional federal de modo obligatorio, deben asegurar:

a') la supremacía del *bloque constitucional* del art. 31 compuesto por "constitución federal-leyes del congreso-tratados internacionales" por sobre el derecho provincial;

a") la *estructura jerárquicamente escalonada* del orden constitucional (constitución y tratados con jerarquía constitucional, tratados solamente supralegales, leyes, reglamentos administrativos y actos administrativos de contenido individual, sentencias);

a"') la tutela de los *derechos personales* contenidos en todo el plexo constitucional;

a"") el seguimiento de la *interpretación constitucional* emanada del derecho judicial de la Corte Suprema de Justicia.

b) En la medida en que la *Corte Suprema de Justicia*, tanto en

su jurisdicción originaria y exclusiva, cuanto en su jurisdicción apelada (ordinaria y extraordinaria), es el guardián y el intérprete final de la constitución federal, el control constitucional federal a su cargo en las respectivas instancias debe asegurar:

b') *en cualesquiera de ellas*, la supremacía constitucional federal por sobre el derecho provincial; la estructura jerárquicamente escalonada del orden constitucional; la tutela de los derechos personales contenidos en el plexo constitucional;

b") en *instancia apelada extraordinaria*, a través del *recurso extraordinario*, todo lo señalado en el anterior inc. b') *más el ejercicio de la casación constitucional y federal.*

b"') en *instancia originaria* y en ejercicio de su *jurisdicción dirimente* del art. 127, la solución de los conflictos y quejas entre provincias, para preservar la paz interior y la "unión nacional" aludidas en el preámbulo.

c) En la medida en que se moviliza el control diseñado en los precedentes incisos a) y b), es posible que, según el caso de que se trate, se dirija a resolver:

c') cuestiones vinculadas al *reparto constitucional* de competencias que surge de la división de órganos y funciones del gobierno federal;

c") cuestiones vinculadas al *reparto constitucional de competencias entre el estado federal y las provincias;*

c"') *conflictos de competencia entre órganos del poder judicial* que no tienen un superior común;

c"") *controversias judiciales* en las que la presunta lesión de derechos personales se imputa a *actividad de los particulares.*

La cuestión constitucional (federal, provincial, y mixta)

11. — La cuestión constitucional es siempre una *cuestión de derecho*, porque en ella está en juego la interpretación o la supremacía de normas federales, y no deja de ser así cuando y porque en la misma cuestión constitucional se alojen eventualmente cuestiones "de hecho" o "de prueba", ya que en este caso el análisis de los hechos y la prueba se hace a la luz de su vertiente de constitucionalidad o inconstitucionalidad, que es eminentemente una cuestión de derecho. Saber, por ejemplo, si un allanamiento es o no violatorio de la constitución no difiere, en cuanto cuestión constitucional de derecho, de saber si una ley del congreso o de una provincia colisiona o no con la constitución.

Ver Tomo I, cap. V, nº 60.

La titularidad de un derecho y la legitimación procesal

12. — Remitimos al Tomo I, cap. V, nos. 61/62. Para la legitimación, ídem, nos. 58/59.

Las cuestiones constitucionales provinciales conexas con una cuestión federal

13. — Un aspecto importante, aunque se presta a confusiones en las que el deslinde se torna muchas veces muy dificultoso, es el de las *cuestiones de derecho público provincial* que rozan o involucran una *cuestión constitucional federal*.

A veces, tal cuestión es reconocida y asumida por la Corte echando mano de su jurisprudencia sobre *arbitrariedad* de sentencia.

Otras veces, la cuestión constitucional federal puede aparecer más nítida dentro de una cuestión de derecho provincial, porque se tienen por violados, en perjuicio de parte interesada, uno o más derechos o garantías que surgen de la constitución federal.

Cuando hay duda seria acerca de si una cuestión constitucional provincial contiene a la vez una federal, el principio de resguardo de las autonomías provinciales hace aconsejable que el proceso se de por fenecido en jurisdicción del poder judicial provincial.

14. — Cuando en procesos ante tribunales provinciales está en juego la supremacía de la constitución federal, *ningún sistema provincial puede impedir o cohibir que a través de la vía incidental o indirecta se plantee ante sus tribunales locales una cuestión constitucional federal*. Como dice Emilio A. Ibarlucía, el sistema jurisdiccional difuso, que es propio del orden federal, no significa que solamente se aplica en causas que tramitan ante el poder judicial federal, sino también en orden a la supremacía constitucional federal en cualquier causa pendiente ante tribunales provinciales.

Por ende, cuando una provincia adopta en su jurisdicción un sistema de control directo por vía de acción, o acaso un sistema de jurisdicción concentrada, no puede inhibir el planteo de cuestiones constitucionales federales por vía indirecta y por sistema difuso ante sus tribunales locales.

15. — Es elocuente citar la nueva constitución de *San Juan*, que en su art. 208, inc. c) apartado 6º dispone que todo tribunal provincial tiene competencia y obligación en cualquier tipo de causa para resolver las cuestiones constitucionales de naturaleza *federal* incluidas en las mismas.

La denegatoria de juzgamiento de cuestiones constitucionales (federales o provinciales) en jurisdicción provincial

16. — Hay un punto conexo con lo antes explicado, que también merece atención.

Si está suficientemente claro que los tribunales provinciales no pueden omitir la decisión de *cuestiones federales* en los procesos en los que quedan integradas, hay que ver ahora si pueden —o no— omitir la decisión de *cuestiones constitucionales estrictamente provinciales*.

Existe la tentación de afirmar que, al no estar comprometida en ellas una cuestión federal, aquella obligación decisoria no existe o, más bien, queda reservada únicamente a lo que dispone el derecho provincial.

Tal respuesta generalizada no es correcta. Lo decimos con el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por ello, cuando los tribunales provinciales declinan decidir cuestiones constitucionales alojadas en un proceso —tanto sean puramente locales cuanto federales o, acaso, con mixtura de ambas— cabe sostener que el problema se vuelve *constitucional federal* en la medida en que la denegatoria de juzgamiento configure *privación de justicia* o, lo equivalente a ella: violación del derecho de acceder a un tribunal judicial (derecho a la jurisdicción que, aun cuando se pretenda ejercer en cuestiones exclusivamente provinciales, emana de la constitución federal).

La jurisdicción federal y la provincial en la decisión de las cuestiones constitucionales

17. — Cuando se distingue el control constitucional *federal* y el control constitucional *provincial,* hay que encarar la jurisdicción y la competencia de los *tribunales federales* y de los *tribunales locales.*

a) Las cuestiones constitucionales *federales* sólo provocan la jurisdicción y competencia originarias de los *tribunales federales* cuando la causa judicial queda regida *directa e inmediatamente por derecho federal.*

b) Cuando ello *no ocurre,* el juicio debe iniciarse, tramitarse y fenecer ante los *tribunales locales;* pero, a fin de resolver la cuestión constitucional federal, es menester que: b') esa cuestión obtenga en jurisdicción local una decisión del *superior tribunal de la provincia,* y b") producida su intervención, quede abierta la posibilidad última de acceso posterior a la *jurisdicción federal* (que se da mediante el recurso extraordinario ante la Corte Suprema).

c) Cuando en juicios que tramitan ante *tribunales locales* existe una cuestión constitucional *provincial* que no excede el marco del

derecho local, el control constitucional se recluye en el ámbito de los *tribunales locales.*

d) Cuando en el supuesto del anterior inc. c) la cuestión constitucional *provincial* es a la vez, y de alguna manera, cuestión constitucional *federal,* la causa respectiva se somete a las mismas pautas que hemos reseñado en el inc. b).

e) Las cuestiones constitucionales exclusivamente *provinciales* quedan reguladas solamente por el *derecho provincial.* (Ver Tomo I, cap. V, nºs. 54 a 56).

f) En las cuestiones constitucionales *provinciales* que, a la vez, son cuestiones constitucionales *federales* (supuesto del inc. d), los tribunales locales no pueden negarse a resolver la *cuestión federal;* f') si el derecho local se los impide, la norma local es *inconstitucional;* f") debe quedar abierto el posible acceso ulterior a la *jurisdicción federal,* una vez que ha recaído la necesaria decisión del superior tribunal de la jurisdicción local. (Ver Tomo I, cap. V, nº 57).

18. — A partir de 1986 en el caso "Strada" el derecho judicial de la Corte ha establecido que para acceder desde las jurisdicciones provinciales a la jurisdicción federal en instancia extraordinaria ante la Corte Suprema en las causas que contienen una cuestión constitucional federal, es inexorable que, *previamente, se agoten las instancias provinciales ante el superior tribunal de justicia local,* con independencia de que la organización y legislación provinciales tengan o no previsto en la causa respectiva un medio procesal para provocar la intervención y la competencia de dicho superior tribunal.

Algunos aspectos trascendentes del control constitucional

A) Los derechos humanos

19. — Sabido que el sistema de derechos y garantías reviste *centralidad y mayor valor* en el contexto normativo de la constitución, parece que el control y la defensa de los derechos y garantías hace de núcleo fundamental en el control constitucional.

Las causas judiciales en las que se hallan comprometidos derechos y garantías *no pueden excluirse compulsivamente* de la decisión del poder judicial, y exigen que al justiciable agraviado se le reconozca la *legitimación procesal* para alegar el derecho o la garantía que supone violados.

B) La razonabilidad

20. — Sobre el principio de razonabilidad, remitimos al Tomo I, cap. IX, nos 73 a 78.

C) La inconstitucionalidad consumada en la "interpretación" y "aplicación" de una norma

21. — Una norma cualquiera puede ser inconstitucional "en sí misma", pero a veces normas que no son inconstitucionales "en sí mismas" pueden aparejar una *interpretación y/o una aplicación inconstitucionales* en un caso determinado, según cómo las interpreta y/o aplica un tribunal en las "circunstancias particulares" del proceso que resuelve.

En tal hipótesis, ha de ser procedente el control constitucional de ese *resultado inconstitucional* que provoca la interpretación y/o aplicación judicial de la norma que no es inconstitucional "en sí misma". (Ver nº 24).

D) El juicio de previsibilidad sobre los efectos del control constitucional

22. — El derecho judicial de la Corte dice que *la declaración de inconstitucionalidad es una "última ratio" del orden jurídico*, o sea, un recurso o remedio *extremo*, que debe usarse con suma cautela. Esta pauta rectora debe conciliarse con otra, vinculada al *juicio de previsibilidad* sobre los efectos de la sentencia. Para ello recordemos que en el campo de la interpretación que hacen los *jueces* hay una regla enunciada por la Corte según la cual debe tomarse en cuenta *(prever)* el *resultado axiológico* (que es el del *valor*), de manera que el juez necesita imaginar las *consecuencias* naturales que derivarán de su *sentencia*. La consideración de dichas consecuencias es un índice que le permite verificar si la interpretación que lleva a cabo para dictar la sentencia es o no es razonable, y si la misma interpretación guarda congruencia con el orden normativo al que pertenece la disposición que trata de aplicar en la misma sentencia.

Si la interpretación constitucional le abre opciones y alternativas, debe preferir y elegir la que previsoramente resulte más aconsejable (y menos perjudicial) en cuanto a los efectos de la sentencia; pero si topa con un conflicto ineludible de constitucionalidad, y como última "ratio" cree necesario declarar la inconstitucionalidad, debe hacerlo aunque prevea un resultado o efecto susceptible de originar perjuicios.

23. — La regla sobre la previsibilidad del resultado es, sin duda, bastante ambigua, porque en esa proyección de los efectos que surtirá la sentencia el juez no puede decidir —por ejemplo— sobre derechos de terceros que no son parte en el juicio. No obstante, sí debe prever las consecuencias que su fallo será capaz de provocar sobre aquéllos, así como las derivaciones *institucionales* de carácter general que podrán seguirse para el sistema político. Por ejemplo, cuando está

en juego la libertad de expresión ha de prever la relevancia institucional de dicha libertad en orden a personas afectadas por su ejercicio, tanto como a la necesaria expansión que para el régimen democrático requiere aquella libertad cuando se trata de funcionarios públicos a los que se critica o apoya.

E) Los "efectos" de las normas

24. — No compartimos la pauta judicial de la Corte según la cual el control constitucional debe *recaer solamente sobre la norma "en sí misma"*, y *no* extenderse a los *resultados* que derivan de la aplicación de esa norma.

En verdad, si para cada justiciable la norma que se le aplica produce para él un *efecto* o un *resultado* —favorable o desfavorable— según como es la sentencia que la interpreta y/o aplica, nos parece imposible que la individualización que alcanza la norma en la sentencia haga eludir el "efecto" proyectado sobre el justiciable; estamos seguros de que ese "efecto" debe caer bajo control judicial de constitucionalidad y de razonabilidad.

Nos valemos de parámetros elaborados por el propio derecho judicial de la Corte para afirmar que no es exacta ni ortodoxa esta otra regla incompatible que ella invoca al sostener que el control tiene por objeto exclusivo el enunciado normativo, pero no los resultados que surgen de su aplicación. (Ver nº 27, y lo que dijimos en el nº 21).

La prohibición legal del control constitucional

25. — Las normas legales que en alguna clase de procesos judiciales inhiben el control de constitucionalidad, son *inconstitucionales* porque, provocada la jurisdicción y competencia de un tribunal en causa judicial, es inherente e inescindible a su ejercicio la función de control constitucional sobre las normas y los actos relacionados con esa causa y/o con las pretensiones de las partes. Ello porque *todo tribunal judicial, en cualquier tipo de proceso, puede y debe resolver una cuestión constitucional vinculada con la causa.* (Ver Tomo I, cap. V, nº 64 k).

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SIN PETICION DE PARTE

Los problemas preliminares

26. — Es sabido que el control de constitucionalidad en nuestro régimen requiere como base *un proceso* o una *causa* judiciales en los que, al tenerse que dictar sentencia, se hace necesario efectuar aquel control y, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de una norma o de un acto relacionados con la materia de la causa.

De acá en adelante surgen los interrogantes y las discrepancias: ¿es menester que en esa causa exista *"petición" de parte* impetrando el control mediante tacha de inconstitucionalidad?; o, al contrario, ¿aunque falte esta petición, el juez *puede* declarar la inconstitucionalidad?; o, todavía más, ¿aun sin petición *debe* declararla?

En general, la jurisprudencia de la Corte Suprema exige que medie *solicitud* de inconstitucionalidad, lo cual significa que: a) la cuestión de inconstitucionalidad debe articularse en el *petitorio,* o en la primera oportunidad posible y previsible en que aparezca la cuestión constitucional comprometida en la causa; b) la cuestión de constitucionalidad debe formar parte expresamente de la materia sometida a la jurisdicción del juez de la causa.

Se interpreta que si la parte no alega la inconstitucionalidad, ésta no integra la causa judiciable y, por ende, el juez no la puede incluir en la sentencia sin incurrir en decisión "extrapetita".

La primera conclusión (heterodoxa, por cierto) que a nuestro criterio deriva de este principio jurisprudencial es que el control de constitucionalidad por los jueces *pende de la voluntad de las partes* en el proceso, o dicho en otros términos, que el juez no lo ejerce "de oficio"; la segunda conclusión: que no pedir la declaración de inconstitucionalidad implica una *renuncia* de parte; la tercera conclusión: que si el juez no puede conocer "de oficio" la inconstitucionalidad en una causa, y si las partes pueden renunciar a pedir la declaración judicial, la *supremacía* de la constitución *no es de orden público.* Todo esto es equivocado.

El juez y las partes en el caso judiciable: el "iura novit curia"

27. — Las partes en el proceso suelen alegar e invocar el *derecho* que creen asistirles, y lo encuadran en el orden jurídico vigente; pero puede ocurrir que "equivoquen" esa *fundamentación.* Aunque no es frecuente, puede ser también que "omitan" toda fundamentación.

La función del juez ante el derecho aplicable que usa de fundamentación en su sentencia se enuncia con el adagio latino del "iura novit curia" (o "iura curia novit"), que significa: "el juez *suple* el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal".

El juez depende de las partes en *lo que "tiene" que fallar,* pero no en *"cómo" debe fallar.*

Para esto último, el juez tiene que tomar en cuenta la estructura piramidal, jerárquica y escalonada del orden jurídico, que presupone dos cosas: a) que la producción de normas inferiores debe hacerse de acuerdo con el *procedimiento* establecido por las superiores; b) que el *contenido* de la producción jurídica inferior debe ser *compatible* con el contenido de la superior.

Al manejarse con este esquema, el juez debe *seleccionar* el derecho aplicable, prefiriendo la norma superior frente a la inferior que la ha transgredido.

El control de constitucionalidad y la interpretación y aplicación del derecho al caso

28. — El control de constitucionalidad *hace parte* esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso y, por eso, *debe efectuarse por el juez* aunque no se lo pida la parte, porque configura un aspecto del "iura novit curia".

Aplicar una norma inconstitucional es aplicar *mal* el derecho, y esa mala aplicación —derivada de no preferir la norma que por su rango prevalente ha de regir el caso— no se purga por el hecho de que nadie haya cuestionado la inconstitucionalidad. El control aludido importa una *cuestión de derecho, y* en ella el juez no está vinculado por el derecho que las partes le invocan. En consecuencia, configurada la causa judicial, la declaración de inconstitucionalidad *es procedente sin petición expresa,* cuando en el derecho aplicable el juez descubre la inconstitucionalidad.

A pesar de que la Corte veda a nuestros tribunales la declaración de inconstitucionalidad de oficio, ha enunciado una regla de la que surge fundamento bastante para sustentar la posición inversa: "es elemental en nuestra organización constitucional la *atribución* que tienen y el *deber* en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y *abstenerse de aplicarlas* si las encuentran en oposición con ella".

Negar aplicación a una norma inconstitucional sin petición de parte es sólo y exclusivamente cumplir con la obligación judicial de decidir un "conflicto de derecho" entre normas antagónicas y rehusar la utilización de la que ha quebrado la congruencia del orden jurídico.

29. — Nuestra jurisprudencia, excepcionando la regla de que la inconstitucionalidad no puede ser declarada por los jueces si no media petición de parte, ha admitido sin ella el control *de oficio* cuando se ha tratado de la distribución de competencias dentro del poder político, salvaguardando así la jurisdicción, el orden público, las facultades privativas del tribunal de la causa, etc. La propia Corte lo ha hecho cuando debió mantener los límites de su jurisdicción originaria.

Asimismo, la propia Corte ha ejercido control de oficio (inclusive fuera de causa judiciable) cuando para negarse a tomar juramento a un juez verificó si tanto su designación como la creación del tribunal al que se lo destinaba eran o no constitucionales. Igualmente, cuando en acordada del 7 de marzo de 1968 —y antes de sortear a uno de sus miembros para integrar tribunales de enjuiciamiento creados por ley 17.642— declaró que el sistema era inconstitucional por contradecir al régimen federal. Más recientemente, puede colacionarse la acordada del 9 de febrero de 1984 acerca del Tribunal de Ética Forense.

El equilibrio de poderes y el control "de oficio"

30. — En el viejo caso "Los Lagos c/Gobierno Nacional" (del año 1941), la Corte alegó que el control constitucional *sin pedido de parte* vendría a significar que los jueces pueden controlar por propia iniciativa (de oficio) los actos legislativos o los decretos de la administración, lo que a su criterio *rompe el equilibrio de poderes* por la absorción del poder judicial en desmedro de los otros dos.

El argumento es descartable, pues no se entiende por qué el control a pedido de parte no rompe aquel equilibrio, y el que se verifica de oficio sí lo rompe. O se rompe siempre por el control en sí mismo (en ambos casos), o no se rompe nunca.

En su integración posterior a 1983, la Corte registra una importante disidencia de los jueces Carlos S. Fayt y Augusto J.C. Belluscio, de fecha 24 de abril de 1984, en la causa "Inhibitoria planteada por el juzgado de instrucción militar Nº 50 de Rosario". En dicha disidencia, la citada minoría sostuvo que el deber de aplicar el derecho vigente por parte de los jueces no puede supeditarse al requerimiento de parte, lo que justifica el control constitucional de oficio. El control constitucional sin pedido de parte —reza la mentada disidencia— no desequilibra a los otros poderes en favor del judicial, ya que si ese avance se produjera, también se configuraría cuando el control se lleva a cabo a solicitud de parte. Por último, el control de oficio no transgrede el derecho de defensa, pues si así fuera se descalificaría asimismo toda aplicación de oficio de cualquier norma no invocada por las partes.

La presunción de legitimidad de los actos estatales y el control "de oficio"

31. — La doctrina de los autores y de la jurisprudencia que enuncia la presunción de legitimidad de los actos estatales —y por ende, su constitucionalidad— nada tiene que ver a nuestro juicio con el control de oficio. Que los actos emanados de los órganos de poder se presuman legítimos, válidos y constitucionales, es una cosa; si tales actos se pueden controlar judicialmente cuando media pedido de parte en causa judicial, y si en ese supuesto la declaración de inconstitucionalidad hace ceder la presunción de legitimidad, es evidente que esta misma presunción (solamente provisoria, relativa, o "juris tantum") puede igualmente ceder ante similar declaración de inconstitucionalidad emitida sin pedido de parte. Si la presunción es capaz de caer en un caso, no vemos la razón de que no pueda caer en el otro. O en ambos, o en ninguno.

El principio de congruencia, la arbitrariedad por sentencia "extrapetita", y el control "de oficio"

32. — El principio de congruencia, según el cual el juez debe fallar sobre el objeto o materia del proceso (o de la litis) y no puede reducirlo ni excederlo, no impide que en la *selección del derecho* que resulta aplicable a las mismas pretensiones el juzgador se mueva con independencia de las partes, por lo que el control de oficio no transgrede al principio de congruencia.

Al no quedar éste herido, no concurre la hipótesis de arbitrariedad de sentencia que se tipifica cuando el juez resuelve "extrapetita" cuestiones no propuestas por las partes, ya que el derecho que debe ser aplicado al caso no necesita ser objeto de propuesta por parte del justiciable ni, por ende, la cuestión de constitucionalidad requiere ser introducida por él en el proceso.

El control "de oficio" no viola la defensa en juicio

33. — El argumento de que el control constitucional sin pedido de parte significa que el juez por sí solo introduce y decide en el proceso una cuestión (constitucional) que es ajena al proceso y que las partes no han previsto ni alegado, se usa para sostener que de ese modo se las coloca en *indefensión*. Primero, frente al *derecho aplicable* no cabe argüir el derecho de defensa; segundo, si las partes no "prevén" dentro del derecho aplicable la cuestión constitucional, la imprevisión o la negligencia son imputables a ellas; tercero, siempre es posible que cuando el juez advierte en el proceso una cuestión constitucional que no ha sido expresamente introducida por petitorio de las partes, corra vista o traslado a éstas para que la tomen en cuenta con miras a la futura inclusión "de oficio" de dicha

cuestión constitucional en la sentencia que abarcará el control sin pedido de parte.

Así se remediaría, sin duda, el escrúpulo de quienes esgrimen el argumento de la indefensión.

El control de oficio por los tribunales provinciales

34. — Presupuesta la vigencia de la norma judicial que, por fuente de jurisprudencia de la Corte Suprema, impide a los jueces el control constitucional sin petitorio de parte, se nos abre el problema de extender o no dicha prohibición a los tribunales provinciales.

No hay una única respuesta porque la diversidad de hipótesis obliga a dar más de una. Para cualesquiera de las posibles, parece necesario acumular una serie de pautas; así:

a) la jurisprudencia de la Corte que repele el control de oficio implica —únicamente— una interpretación que se circunscribe a la constitución federal;

b) con ese alcance, tal interpretación debe ser acatada por todos los tribunales federales y provinciales;

c) por lo dicho en el inc. a) no parece que la prohibición del control de oficio configure un principio esencial de la división de poderes que las provincias deban trasladar sin más a la organización de sus gobiernos locales;

d) la regla según la cual es arbitraria toda sentencia que deja de aplicar el derecho vigente no invalida a la que, emanada de tribunales provinciales, prescinde de esa aplicación cuando sin pedido de parte declara inconstitucional una norma local.

35. — Este manojo de lineamientos nos lleva a componer nuestra argumentación de la manera siguiente:

La Corte ha interpretado que el control de oficio quiebra el equilibrio tripartito de los tres poderes, por la supuesta absorción del poder judicial en detrimento de los demás. Entendemos que ha querido referirse al organigrama del *gobierno federal* y que, por ende, las provincias pueden —sin romper el esquema divisorio— asignarle una fisonomía distinta en el marco del gobierno local.

De aquí derivamos una consecuencia:

a) cuando el derecho provincial *habilita expresamente* a los tribunales provinciales a efectuar el control de oficio, se exterioriza la decisión de que en dicha provincia se adopta un perfil divisorio parcialmente diferente del federal;

b) cuando *no hay norma provincial habilitante,* el silencio per-

mite presumir que la provincia adhiere al mismo perfil divisorio del orden federal, por lo que:

c) cuando la provincia habilita el control de oficio, la jurisprudencia prohibitiva de la Corte *no* se proyecta en su aplicación al ámbito provincial;

d) cuando no lo habilita, la prohibición de la Corte *obliga* a los tribunales locales.

De todos modos, siempre hay un *límite* a observar: *el control de oficio habilitado por el derecho provincial sólo puede recaer sobre normas y actos provinciales, y nunca sobre normas y actos emanados del gobierno federal,* porque para éstos rige el óbice derivado de la jurisprudencia de la Corte.

36. — En el *derecho público provincial* no es demasiado novedoso que se admita el control constitucional sin pedido de parte, que constituciones del novísimo ciclo abierto en 1985 consignan de modo explícito —por ejemplo, La Rioja, San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego—.

37. — Debe tenerse en cuenta que con fecha 13 de setiembre de 1988, en el "Recurso de hecho deducido por Félix Antonio Riverto y Hugo Horacio Maldonado en la causa Fernández Valdez, Manuel Guillermo s/contencioso administrativo de plena jurisdicción c/ decreto nº 1376 del P. E. Provincial", la Corte Suprema resolvió que no mediaba arbitrariedad susceptible de recurso extraordinario ante ella contra el fallo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja que, con base expresa en la constitución provincial, declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial sin petición de parte, y tuvo en cuenta que conforme a dicha constitución los *jueces provinciales* tienen la *obligación* de pronunciarse a requerimiento de parte o *de oficio* sobre cuestiones constitucionales locales.

El control "de oficio" según las vías procesales

38. — Nuestra tesis de que en toda causa judicial el juez debe resolver de oficio la eventual cuestión constitucional implicada en ella, vuelve interesante analizar el principio del control de oficio (sin pedido de parte) en relación con las vías y las instancias procesales. Algunas situaciones especiales pueden ser las siguientes, de acuerdo a nuestra opinión personal.

a) Si acaso existe vía *directa* de control constitucional, se interpone una acción o demanda de inconstitucionalidad, en la que el petitorio de la parte legitimada para accionar plantea expresamente la cuestión constitucional. No aparece entonces, en el caso, el problema del control sin solicitud de parte.

No obstante, es factible que, además de la cuestión constitucional que compone el proceso promovido mediante acción de inconstitucionalidad, haya otra cuestión constitucional anexa o conexa a la expresamente articulada, que el tribunal habrá de resolver de oficio.

b) Si la vía es *indirecta o* incidental —como en el orden federal del derecho constitucional argentino—, toda cuestión constitucional involucrada en la causa debe ser resuelta por el juez, concurra o no el petitorio de parte.

c) Ante los *tribunales de alzada,* que limitan su competencia a la materia recurrida ante ellos, decimos que si tal materia incluye una cuestión constitucional, ésta tiene que ser resuelta, tanto si el recurso deducido contiene el planteo de constitucionalidad como si lo omite. Este criterio presupone recursos comunes u ordinarios, o sea, que no son específicamente recursos de inconstitucionalidad.

d) Cuando se trata de un *recurso específico de inconstitucionalidad,* ocurre algo similar a la vía directa: el recurso que abre la jurisdicción del tribunal de alzada contiene expresamente el pedido de control constitucional, no obstante lo cual, si dentro de la materia así recurrida aparece otra cuestión constitucional conexa, el tribunal debe resolverla pese a la ausencia de petitorio expreso sobre ese punto.

e) Cuando el nuevo *art. 43* regula el *amparo* y en su primer párrafo dice que "en el caso, el juez *podrá* declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva", no condiciona esa competencia al requisito de petitorio de parte, lo que deja pendiente de dilucidación si está habilitando el *control de oficio;* el esfuerzo por responder afirmativamente abriría, a su vez, la duda acerca de si esa modalidad de control se limitaría a los supuestos del art. 43, o se extendería a toda clase de proceso judicial; si fuera lo último, se llegaría a dar por eliminada en virtud de la propia constitución la exigencia de que el control requiere pedido de parte interesada y, por ende, como derogada la pauta judicial de la Corte que así lo tiene establecido.

III. POSIBLES AMPLIACIONES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

39. — Vamos a referirnos brevemente a algunas posibles interpretaciones que permiten ampliar y elastizar las vías y el margen del control constitucional en nuestro régimen, sin necesidad de reforma alguna de la constitución formal y dentro de la ortodoxia de su marco tradicional, con sólo abandonar algunas pautas doctrinarias, legales, o jurisprudenciales que consideramos a veces estrechas, y otras veces equivocadas.

"Causa" judicial y "caso contencioso"

40. — Causa judicial o proceso, en el sentido y en la terminología del art. 116 de la constitución, no es ni puede ser única y exclusivamente el *juicio contradictorio* que la ley 27 llama "caso contencioso". Hay causa judicial también cuando no existe disputa ni pretensiones contradictorias entre partes que controvierten entre sí. Seguros como estamos de esta afirmación, reivindicamos que en toda causa judicial —aunque no sea contenciosa— hay marco para el ejercicio del control de constitucionalidad (por ej., en un proceso de los que polémicamente se llaman de jurisdicción "voluntaria", en el que el derecho aplicable a la pretensión de la parte interviniente se repute contrario a la constitución). (Ver cap. XLVII, nos. 12 a 14).

Las acciones de inconstitucionalidad

41. — Es un dato ya objetivo e indiscutible que en nuestro sistema de *control difuso* existe la *vía indirecta o incidental* para promover el control judicial de constitucionalidad. Hasta el año 1985, se decía que era la única vía acogida en el orden federal, pero a partir de esa fecha hubo de revisarse esa aseveración, porque la propia jurisprudencia de la Corte induce a ello, una vez que se recorre un itinerario de sentencias de las que, tanto en la terminología empleada como en el contenido de la decisión misma, surgen innovaciones.

En el año citado, colacionamos dos casos: "Provincia de Santiago del Estero c/Gobierno Nacional", y "Constantino Lorenzo c/Nación Argentina". En 1987, el caso "Gomer S.A. c/Provincia de Córdoba", y entre medio el caso "Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/Provincia de Santa Fe", de 1986, en el que la Corte declaró inconstitucional una ley provincial.

42. — De acuerdo a nuestra personal interpretación del derecho judicial actual, decimos que: a) ahora se tiene por cierto que *hay acciones de inconstitucionalidad*; pero b) *no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad "pura"*.

Si a la altura de la jurisprudencia vigente aspiramos a actualizar tanto lo que de ella tenemos como derecho judicial, cuanto nuestro propio punto de vista, intentamos una categorización aproximada, del siguiente modo:

a) acciones de inconstitucionalidad que se dirigen contra *actos individuales* que se atacan por violatorios de la constitución, como en el caso del *habeas corpus* y del *amparo*; también, en algunos supuestos del *habeas data* (para esto último, ver Tomo II, cap. XXVII).

b) acciones de inconstitucionalidad articuladas a través de la *acción declarativa de certeza* del art. 322 del código procesal;

c) acciones que, ubicadas en alguna de las categorías de los precedentes incisos a) y b), se utilizan para impugnar *normas generales* (en tal sentido, no debe olvidarse que desde el caso "Peralta", de 1990, la Corte admite —por ejemplo— que la acción de amparo es hábil a ese fin);

d) el *juicio sumario de inconstitucionalidad*;

e) el *incidente de inconstitucionalidad como anexo a una denuncia penal* para impugnar normas inconstitucionales conexas.

Podría haber, pero *no hay, acciones declarativas de inconstitucionalidad pura. Tampoco hay acción popular de inconstitucionalidad*, pero *podría haberla.*

Ver Tomo I, cap. V, nºs. 48 a 50.

La acción declarativa de inconstitucionalidad "pura"

43. — No es demasiado fácil trazar el perfil de lo que, al menos en el marco de nuestro sistema, cabe denominar y tipificar como acción declarativa de inconstitucionalidad pura.

La conceptuamos así: es una: a) *acción de inconstitucionalidad* (o vía directa) con la que de modo *directo* b) *se impugna una norma "general"* tildada de *inconstitucional*, y en la que c) tiene *legitimación* para interponerla todo sujeto que *sufre agravio a un derecho o un interés suyos*, aunque d) no haya recaído sobre él un acto concreto de aplicación de aquella norma, y e) sin necesidad de acreditar ningún otro requisito, para f) lograr una *sentencia declarativa* sobre su pretensión.

Si acaso en algunas de las acciones de inconstitucionalidad que hasta ahora la Corte califica como tales se diera coincidencia con el esbozo que a nuestro juicio caracteriza a la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, diríamos que esta última habría funcionado (en el caso concreto) subsumida en alguna de aquellas otras citadas al comienzo.

La diferencia con la acción popular

44. — La acción declarativa de inconstitucionalidad pura que acabamos de describir se diferencia de la acción popular porque entre sus requisitos se halla la titularidad de un derecho o un interés propios de quien la deduce, cuando entiende soportar lesión en ellos a causa de la norma general cuya inconstitucionalidad ataca. En cambio, en la acción popular de inconstitucionalidad la legitimación para interponerla no necesita dicho recaudo, porque *cualquier*

persona de "el pueblo" queda legitimada, sin necesidad de sufrir daño en un derecho suyo.

De todos modos, teóricamente, la *acción popular de inconstitucionalidad* bien cabe como una versión o modalidad ampliatoria de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura.

45. — Cuando la legitimación se reconoce a todos y a cualquiera no por ser "uno" del conjunto social sino por investir titularidad de un interés propio en la porción subjetiva de un interés colectivo compartido con otros, *no estamos ante una acción popular*, sino simplemente ante una legitimación que pertenece a todos, en cuanto el interés para cuya tutela esa legitimación se confiere, también es titularizado y compartido por todos.

Tal es el caso de los derechos de incidencia colectiva que en el art. 43 párrafo segundo habilitan la legitimación del afectado para promover la acción de amparo (ver Tomo II, cap. XXVI, nº 25).

La inserción posible de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura en nuestro sistema

46. — La acción declarativa de inconstitucionalidad pura que merece nuestro impulso, bien podría encontrar fuente: a) en una *ley* que expresamente la previera, o, b) en una *creación jurisprudencial* de la Corte Suprema, al modo como lo ejemplifica la acción de amparo en 1957-58.

La incorporación de esta acción no desfigura ni desarticula la fisonomía de nuestro sistema de control en el orden federal.

En efecto, promover una acción de inconstitucionalidad pura para obtener una eventual sentencia declarativa de inconstitucionalidad de cualquier norma general, implica mantener sin alteración: a) el requisito de causa judiciable, porque lo es la que tiene como parte demandada al autor de la referida norma general (lato sensu, el estado); b) el requisito de bilateralidad o contradicción, por igual razón; c) el requisito de que la pretensión articulada en la demanda sea propuesta por el titular de un derecho o interés que alega sufrir perjuicio en virtud de la norma atacada.

Que en vez de una sentencia de condena se persiga una *sentencia declarativa* no es óbice, ya que desde 1985 dijimos que la Corte admite las acciones declarativas de certeza en materia constitucional (ver nos. 41/42 y 48/49).

Como vemos, no nos enfrentaríamos a un control abstracto, ni fuera de causa judiciable. Tampoco a un supuesto de jurisdicción voluntaria, porque hay demandado, y conflicto con él. Hay que abandonar, por superada, la vieja fórmula de que la aplicación y eficacia de las leyes no puede impedirse mediante un juicio declarativo de su inconstitucionalidad.

47. — No obstante la ya apuntada inexistencia actual de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, y mientras no cobre curso por fuente de ley o de derecho judicial, estamos ciertos de que, para dar andamiento al derecho a la tutela judicial eficaz, dicha acción lo mismo deberá ser admitida por cualquier tribunal ante el cual se haga evidente que, para resolver una determinada pretensión en un caso concreto, el justiciable no dispone de otra vía útil.

Ello podría acontecer, por ejemplo, si la remoción de una norma presuntamente inconstitucional sólo fuera viable demandando al autor de esa norma, por resultar imposible articular la misma pretensión contra otro demandado que, por su falta de relación con el actor perjudicado, no estaría en situación jurídica de poder satisfacerla.

La acción declarativa de certeza

48. — A diferencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura, la acción declarativa de certeza del art. 322 del código procesal civil y comercial, exige determinados requisitos: a) que se dirija a disipar una *situación de incertidumbre* entre actor y demandado; b) que *no haya otra vía procesal* para hacer cesar esa falta de certeza; c) que esta falta de certeza sea susceptible de *perjudicar* con "actualidad" a quien promueve la acción.

Este tipo de acción suscita *causa judicial* y, para lo que interesa en nuestro tema constitucional, permite su uso en el campo del derecho público para insertar en el proceso que ella promueve el *control de constitucionalidad*. De tal forma, la acción declarativa de certeza puede ser marco procesal apto para descalificar normas o actos inconstitucionales.

49. — En el nº 41 adelantamos citas de algunas sentencias de la Corte que encauzaron por esta vía al control de constitucionalidad en relaciones de derecho público.

Así, la Corte Suprema, en fallo del 20 de agosto de 1985, en el caso "Provincia de Santiago del Estero c/Gobierno Nacional" (promovido por la provincia actora mediante acción de amparo) dispuso prescindir del "nomen juris" usado para interponer la demanda, y reconvertir la "acción de amparo" en una "acción declarativa de certeza" conforme al art. 322 del código procesal civil y comercial. Es interesante advertir que en el caso se trataba de una causa judicial (un planteo de inconstitucionalidad contra una ley provincial) que la Corte admitió como propia de su competencia originaria y exclusiva, lo que demuestra que la acción declarativa de certeza, cuando en ella hay cuestión constitucional federal, es propia de los tribunales federales y de la misma Corte.

La abrogación de leyes inconstitucionales por efecto de una sentencia declarativa de su inconstitucionalidad

50. — En el derecho constitucional juega el principio del "paralelismo de las competencias", conforme al cual el órgano de poder que es autor de una norma o de un acto, es el que puede retirarlos o dejarlos sin efecto en el mundo jurídico. Según este principio, el congreso que dicta la ley es el órgano competente para derogarla.

Cuando se inviste a una sentencia de efecto *derogatorio* respecto de una ley (o norma infralegal) a la que declara inconstitucional, parece que aquel principio se turba o se frustra. Y no es así, porque aquí concurre una excepción, cual es la de que *una constitución suprema y rígida no consiente que en el orden jurídico haya o sobrevivan normas opuestas a ella.*

Por ende, si los tribunales judiciales con jurisdicción constitucional tienen competencia para el control y la declaración de inconstitucionalidad, la tienen también para *desaplicar* la ley a la que descalifican, y para *privarla de efectos.* Que eso ocurra con efecto de desaplicación solamente "en" y "para" el caso —como en nuestro orden federal—, o que la invalidación revista carácter general y derogatorio, es solamente una cuestión de *"efecto" o resultado,* que en nada varía la *naturaleza* de la función declarativa de inconstitucionalidad.

Por ende, si se puede desaplicar "en" y "para" el caso una ley que se declara inconstitucional (*efecto* restringido o "inter-partes") se puede también "derogar" o abrogar la ley como "efecto" de la sentencia declarativa de su inconstitucionalidad (*efecto* general o "erga omnes"). En un supuesto y en otro el tribunal judicial ha hecho lo mismo: controlar la constitucionalidad de la ley y declararla inconstitucional; lo diferente es el "efecto" —en un caso, "inter-partes"; y en otro, "erga omnes"—.

51. — Por ende, si nuestras leyes han conferido a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad en el orden federal sólo el conocido efecto limitado o inter-partes ("en" y "para" el caso en el cual se "desaplica" la norma), no media obstáculo constitucional alguno para que puedan en el futuro preferir el otro (amplio o derogatorio), como lo han hecho muchas constituciones provinciales.

Por supuesto que el efecto derogatorio sólo puede implantarse en favor de sentencias declarativas de inconstitucionalidad que emanan del órgano judicial *superior* o supremo de una estructura judiciaria, lo que en orden federal argentino llevaría a adjudicarlo *únicamente a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia.*

52. — Somos partidarios de que se establezca por ley en el orden federal el efecto derogatorio de normas generales cuando una sentencia de la Corte Suprema las declare inconstitucionales. (Ver Tomo I, cap. V, nº 64,l).

La teoría del legislador negativo

53. — Se ha hecho corriente la teoría que, al enfocar el efecto derogatorio de leyes inconstitucionales a través de las correspondientes sentencias, equipara el papel del tribunal que las dicta a la de un *legislador "negativo"*.

Para ello, el imaginario jurídico supone que si bien quien coloca a la ley en el ordenamiento es el legislador (positivo), el tribunal que la retira al declararla inconstitucional hace —como a la inversa— las veces de legislador "negativo".

La comparación merece todo nuestro rechazo, porque nos parece errado buscar analogías con el legislador, como suponiendo que todo gira en derredor de él, a más de desmerecer y privar de su propia función a la jurisdicción constitucional. No hay anverso y reverso. Cuando en ella se emite un pronunciamiento que al declarar inconstitucional a una ley produce su derogación, no se ejerce una función similar a la del legislador que la dictó, sino una que es propia y exclusiva de la jurisdicción constitucional, sin ninguna semejanza con la de los órganos políticos.

El derecho público provincial

54. — El efecto *erga omnes* de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad es asumido en varias *constituciones provinciales*, aun anteriores al novísimo ciclo constituyente iniciado en 1985. Cuando lo prevén, lo limitan a las sentencias emanadas del superior tribunal de justicia local.

También interesa recordar que en el mismo constitucionalismo provincial hay ejemplos de *aplicación obligatoria de la jurisprudencia sentada por los superiores tribunales*, que debe ser acogida por los tribunales inferiores. Así, por ejemplo, la constitución de La Rioja en su art. 143 establece: "La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia".

De acuerdo a nuestra opinión, si el efecto erga omnes y la vinculatoriedad de la jurisprudencia no son inconstitucionales en el orden federal, tampoco lo son —por supuesto— en el orden provincial. Pero aun cuando se dijera que la constitución federal no los admite, estimamos que no es posible, sin más, trasladar el mismo criterio al constitucionalismo provincial que les da acogida, porque nunca se trataría de un principio que por virtud del art. 5º pudiera considerarse impuesto obligatoriamente a las constituciones locales.

El sometimiento voluntario a un régimen jurídico

55. — Es casi sacral la fórmula acuñada por el derecho judicial de la Corte en el sentido de que *quien se somete voluntariamente a un determinado régimen jurídico, no puede después impugnarlo judicialmente de inconstitucional.*

La laxitud con que la Corte ha aplicado muchas veces este principio compromete seriamente el control constitucional. Hay que tener sumo cuidado en no presumir "renuncias" tácitas al derecho propio y al control de constitucionalidad, para no suponer que quien se ha sometido al cumplimiento o a la aplicación de una norma queda, desde allí y para siempre, inhibido de discutir su constitucionalidad.

El mero hecho de que una persona pague durante varios períodos fiscales un impuesto sin protesta y sin posterior demanda judicial, no debe presumirse como renuncia a tachar posteriormente de inconstitucional el mismo impuesto que deba satisfacerse en el futuro. Quien para poder trabajar se ha asociado a una entidad gremial o profesional porque la ley lo obliga compulsivamente, no ha de quedar trabado para impugnar después la constitucionalidad de esa ley si la considera violatoria de su derecho de libre asociación. El que se incorpora voluntariamente a las fuerzas armadas no ha de perder la posibilidad de discutir judicialmente la constitucionalidad de la jurisdicción militar en el momento en que acaso se vea sometido a ella.

En cambio, advertimos que media diferencia notoria entre los casos expuestos y el de quien, ante un sistema legal que le permite optar entre acudir a un juez o a un arbitraje (sin revisión judicial ulterior) para dirimir una controversia, decide acudir al arbitraje que le cierra todo acceso al poder judicial, porque en tal caso el uso de la alternativa válida ha significado realmente una elección libre y voluntaria con todos sus resultados previsibles, de forma que después no será posible alegar que el arbitraje ha significado lesión del derecho de acceder a la jurisdicción judicial.

56. — El "principio" judicial de que la sumisión voluntaria a un régimen jurídico impide su ulterior impugnación constitucional no es ni puede ser un principio, porque el principio es el inverso: *nunca se presume que alguien renuncia al control de constitucionalidad.*

Lo excepcional es que de una inequívoca conducta libre y voluntaria se deduzca que quien la ha cumplido declinó definitivamente y por sí solo el derecho de acceder al poder judicial y de someterle una pretensión jurídica para cuya decisión fuera menester el ejercicio del control de constitucionalidad.

57. — El derecho judicial de la Corte registra en 1927 un pronunciamiento en el caso "The South American Stores & Gath Chaves c/Provincia de Buenos Aires", en el que consideró que el pago de un impuesto sin protesta formulada en el acto de oblarlo comportaba renuncia al derecho de impetrar luego la declaración de inconstitucionalidad de la ley en cuya virtud el impuesto fue satisfecho.

Si con posterioridad el mismo criterio fue aplicado en casos en que se trataba de derechos patrimoniales, ha de reconocerse que en otros la Corte lo ha hecho jugar respecto de cuestiones de índole distinta (no patrimonial), de donde inferimos que la renuncia que ella presume cuando alguien incurre en lo que su jurisprudencia llama "sometimiento voluntario" a un régimen jurídico se tiene por consumada aunque no verse sobre derechos patrimoniales.

58. — La fórmula estereotipada en el derecho judicial esconde flancos muy objetables, porque: a) una cosa es renunciar a un derecho (supuesta la procedencia de la renuncia) que ya está adquirido, o que el titular declina ejercer; y otra muy distinta es renunciar anticipadamente a la garantía de defenderlo judicialmente; b) el control de constitucionalidad no es renunciable por anticipado; c) consentir la aplicación de una ley, o cumplirla, no significa sin más — aunque falte la protesta o la reserva— renunciar a impugnar luego su constitucionalidad; d) no corresponde hacer jugar la tesis de que quien acata una norma no puede después desconocer su validez (teoría asimilable a la del "acto propio"), porque cuando se admite que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ni ejercer una conducta incompatible con otra anterior, se está preservando la confianza y la seguridad de los terceros que quedaron vinculados de buena fe a la primera conducta, cosa que nada tiene que ver con el control de constitu-cionalidad cuya renuncia anticipada esconde, para nosotros, vicio de nulidad absoluta; e) la renuncia no se presume; f) la interpretación de los actos que im-portan renuncia o que tienden a probarla debe ser restrictiva; g) suscitada una causa judicial, la obligación del control de constitucionalidad (aun de oficio) no puede ceder a una supuesta renuncia tácita que, por anticipado, se presume indebidamente en quien acató o cumplió una ley; h) el control de constitu-cionalidad, aunque en cada caso beneficie a parte determinada, está arbitrado más en miras al orden público de la constitución que al interés particular, por lo que menos todavía puede presumirse su renuncia tácita anticipada; i) el mismo deber de cumplir la ley jamás puede equipararse a un "sometimiento voluntario", porque si hay obligación de cumplirla, no vale la voluntad libre de cumplirla o violarla.

59. — En su sentencia del 7 de julio de 1987 en el caso "Banco Comercial del Norte S.A. c/Banco Central de la República Argentina" la Corte Suprema sostuvo que no debía excluirse la posibilidad de impugnar como inconstitucional una medida cuestionada en autos con base en el argumento de que la parte se había sometido voluntariamente al régimen jurídico disputado, si se prescindió de considerar que había carecido de opciones para no realizar los actos implicados en aquel régimen.

El control constitucional "en" los fallos plenarios y "de" los fallos plenarios

60. — En cuanto a la posibilidad de que un fallo plenario ejerza control

constitucional hay tesis que niegan rotundamente la posibilidad de que los fallos plenarios declaren la inconstitucionalidad de normas, porque acogen el argumento de la Corte Suprema en el sentido de que *un planteo de inconstitucionalidad* es materia que resulta *ajena* a la competencia del tribunal en pleno, que por esa vía vendría a crear una interpretación general obligatoria de orden constitucional, ajena a las atribuciones naturales del referido tribunal.

El tema plantea graves implicancias. En efecto, si un tribunal plenario no puede declarar inconstitucionalidades, es porque no puede ejercer control de constitucionalidad, con lo que estaríamos ante un caso irregular de administración de justicia a la que se le detrae absolutamente aquel control —inherente a ella— y se la obliga a aplicar eventualmente normas inconstitucionales, con evidente alzamiento contra el orden jerárquico que la constitución implanta.

Nuestra tesis discrepa con la jurisprudencia de la Corte, y reafirma que *un fallo plenario —como toda sentencia— está habilitado obligatoriamente a controlar la constitucionalidad de las normas que aplica e interpreta con alcance general.*

61. — En cuanto al "efecto" del plenario que emite un pronunciamiento de inconstitucionalidad, no hallamos óbice para que en ese punto surta —como es propio de todo plenario— la obligatoriedad general que le confiere la ley.

IV. LAS CUESTIONES "POLITICAS" NO JUDICIABLES

Su encuadre constitucional

62. — Es sabido que en nuestro derecho constitucional del poder se denominan *cuestiones políticas aquéllas que no son judiciables.*

Un concepto poco preciso, que suele utilizarse, es el que considera cuestión política a la que se configura por el ejercicio de facultades *privativas y exclusivas* de un órgano del poder: el acto por el cual ese órgano ejercita una facultad privativa y propia, no es revisable judicialmente.

No ser revisable, o sea, escapar del control judicial, significa que la *violación constitucional* en que puede incurrir un acto político de tal naturaleza, carece de *remedio:* el órgano que ha emitido ese acto contrario a la constitución, no es pasible de que un órgano judicial lo nulifique o invalide declarándolo inconstitucional.

El aspecto fundamental de las cuestiones políticas radica, entonces, en que la exención de control judicial involucra *exención de control de constitucionalidad.*

63. — La retracción del control judicial en las cuestiones políticas importa, para nosotros, una construcción defectuosa que tiene vigen-

cia en nuestra constitución material por obra del derecho judicial derivado de la Corte. En torno del punto, afirmamos que:

a) El no juzgamiento de las cuestiones políticas *viola el derecho a la jurisdicción* de la parte afectada, en cuanto le impide obtener una sentencia que resuelva la cuestión política propuesta o comprometida en la causa; la sentencia que se dicta no lo hace, porque se limita a decir que sobre aquella cuestión el juez no puede pronunciarse.

b) El no juzgamiento de las cuestiones políticas implica también *declinar el ejercicio pleno de la función estatal de administrar justicia.*

c) Con ello se impide asimismo *remediar la eventual inconstitucionalidad* de las actividades que, por configurar cuestiones políticas, quedan exentas de control judicial.

d) Si el estado no es justiciable cuando algunas de sus actividades se escudan tras la pantalla de las cuestiones políticas, *la "responsabilidad" estatal se esfuma,* pese a la eventual infracción constitucional en que incurra.

e) Se obstruye un área del *sistema garantista para la defensa de la constitución y de su supremacía.*

64. — El derecho judicial de la Corte permite atisbar actualmente un sesgo en la reducción del catálogo de las cuestiones no judiciables. Ejemplo palpable lo encontramos en ámbitos como el del enjuiciamiento político, y el de algunas cuestiones electorales y partidarias.

El art. 116 de la constitución y las cuestiones políticas

65. — El art. 116 determina la competencia de la justicia federal, incluyendo en ella *"todas* las causas que versen sobre *puntos regidos por la constitución".* Cuando se dice *"todas" las causas,* es imposible interpretar que haya "algunas" causas (las "políticas") que escapen al juzgamiento.

Los argumentos en contra de la judiciabilidad

La "división de poderes"

66. — Se arguye que el juzgamiento constitucional de actos políticos cumplidos por el poder ejecutivo o por el congreso, significa la invasión de las competencias de estos últimos por parte del poder judicial, que de ese modo

vulnera la línea separativa y la división de poderes.

La aparente gravedad de la objeción se desvanece tan pronto como se observa que la división de poderes demarca zonas de competencia a cada órgano, sustrayéndolas a la interferencia de otros, pero dando por presupuesto indispensable que esas competencias se ejercen *válidamente* sólo cuando están de acuerdo con la constitución. El abuso o exceso de poder ya no está dentro de la competencia constitucional del órgano; o sea, la actividad que se ejerce *en contra* o *en violación* de la constitución *no es* la competencia *reservada* en forma intangible, y acreedora al beneficio de la división frente a los demás órganos.

Cuando un juez revisa un acto del poder ejecutivo o del congreso, y lo descubre como lesivo de la constitución (aunque ese acto sea "político"), no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división, sino todo lo contrario, *controlando la supremacía constitucional* para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la constitución.

Las facultades "privativas"

67. — Cuando se interviene una provincia, se declara la utilidad pública para expropiar, o se pone en vigor el estado de sitio, etc., se dice que el órgano respectivo ha cumplido un acto *privativo,* y que el uso de facultades "privativas" por el órgano a quien corresponden, configura una cuestión política no judiciable, dice la jurisprudencia.

En cambio, fuera del reducto de las cuestiones políticas, se admite el control judicial de las demás actividades. Y acá es donde nos preguntamos: ¿por qué se acepta el contralor de la "ley", si el "legislar" es también una facultad privativa del congreso, tan privativa como declarar la utilidad pública de un bien?

El rótulo de privativa no sirve, pues, para conferir inmunidad a esa categoría de cuestiones que, por políticas, se reputan no judiciables.

Sólo si la constitución establece expresamente que una actividad es judicialmente incontrolable, o que una decisión final queda totalmente a discreción del órgano competente, puede admitirse la retracción de la judicatura; pero entonces es el propio poder constituyente el que ha sustraído la cuestión al control judicial, o la ha asignado a la competencia definitiva de un órgano determinado.

Ver Tomo I, cap. V, nº 32. Asimismo, nº 31.

Las retracciones del control

68. — Para los reajustes que en orden al control sugerimos en el ámbito de la doctrina constitucional, y en nuestro ordenamiento jurídico después de la reforma de 1994, remitimos al Tomo I, cap. V, nºs. 15 a 18, y 26/27.

CAPÍTULO XLVIII

LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES FEDERALES

I. EL "PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN". - Su concepto. - *La jurisdicción "federal" y la jurisdicción "provincial".* - Los caracteres de la jurisdicción federal. - La regulación por ley de la jurisdicción federal. - II. LAS CAUSAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL. - El art. 116. - Qué es "causa" en el lenguaje del art. 116. - La jurisdicción federal "apelada" y su relación con la instancia única o múltiple. - *La instancia federal apelada en las causas de materia federal resueltas en jurisdicción provincial.* - III. LAS CAUSAS REGIDAS POR EL DERECHO FEDERAL. - A) Las causas que versan sobre puntos regidos por la constitución. - B) Las causas que versan sobre puntos regidos por las leyes del congreso. - C) Las causas que versan sobre puntos regidos por los tratados internacionales. - Las causas que no son federales "por razón de materia". - *El derecho "intrafederal".* - *Las causas regidas por derecho "no federal" que corresponden a la jurisdicción federal por razón de personas o de lugar.* - IV. LAS CAUSAS DEL ALMIRANTAZGO Y JURISDICCIÓN MARÍTIMA. - La materia comprendida en ellas. - V. LAS CAUSAS EN QUE LA "NACIÓN" ES PARTE. - El alcance de la norma. - *Las causas contenciosoadministrativas.* - *Los tribunales administrativos en relación con la jurisdicción federal.* - La justiciabilidad del estado. - El estado federal como parte en juicio en el derecho constitucional argentino. - *Las leyes 3952 y 11.634, de demandas contra el estado.* - *La sentencia de condena con efecto meramente declarativo.* - *La reglamentación del cumplimiento de la sentencia de la condena.* - *El derecho judicial en materia de sentencias de condena contra el estado federal.* - *Las sentencias de condena contra las provincias.* - *La falta de "legitimación pasiva" de los órganos de poder para ser demandados.* - La prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales extranjeros en juicios en que es parte el estado. - *La inmunidad de jurisdicción de los estados.* - *El problema de la inmunidad de jurisdicción y de su renunciabilidad en el derecho argentino.* - La prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales no federales en juicios en que es parte el estado. - La supuesta prórroga de la jurisdicción argentina a favor de tribunales "internacionales". - VI. LAS OTRAS CAUSAS POR RAZÓN DE PARTES. - Su concepto. - La justiciabilidad de las provincias. - Los casos en que la jurisdicción federal surge porque es parte una provincia. - *Qué significa "causa que se suscite entre..." y "contra...", y el problema de las causas penales.* - *El alcance de "causa civil".* - *La "materia" de las causas en que es parte una provincia.* - Las cuestiones de límites interprovinciales. - La jurisdicción "dirimente" de la Corte en las quejas entre provincias. - El concepto de

"vecindad" a los efectos del art. 116. - *La "vecindad" de los extranjeros.* - *La reglamentación de la vecindad.* - *La prórroga de la jurisdicción.* - Las causas en que es parte un ciudadano extranjero. - La condición de "aforadas" que deben revestir las partes. - Las causas en que es parte un estado extranjero. - *La justiciabilidad de los estados extranjeros.* - *Los casos posibles.* - Las causas en que es parte un organismo internacional. - VII. LAS CAUSAS CRIMINALES. - Su concepto. - VIII. LAS CAUSAS POR RAZÓN DEL LUGAR. - Su concepto. IX. LAS CAUSAS SUPRIMIDAS EN 1860. - El texto originario de 1853 y el de 1860. - X. LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA. - La división en instancia "originaria" e instancia "apelada". - La jurisdicción apelada de la Corte. - *Los diversos casos legales de acceso a la Corte.* - Los poderes "implícitos" de la Corte Suprema. - La Corte y el art. 113 de la constitución. - La jurisdicción discrecional de la Corte. - XI. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y LA JURISDICCIÓN SUPRAESTATAL. - La definitividad de las sentencias de la Corte y su irrevisabilidad. - XII. EL "PER SALTUM" EN LA JUSTICIA FEDERAL. - Su concepto. - La jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso "Dromi". - El "per saltum" sin ley: su inconstitucionalidad.

I. EL "PODER JUDICIAL DE LA NACION"

Su concepto

1. — *La jurisdicción federal* es definida por Hugo Alsina como la facultad conferida al poder judicial de la nación (dígase del estado federal) para administrar justicia en los casos, sobre las personas y en los lugares especialmente determinados por la constitución.

Esta jurisdicción (judicial) federal es ejercida por órganos que se llaman *tribunales* de justicia (o judiciales), cuyo conjunto integra el poder judicial federal (o "de la nación").

Además de la Corte Suprema como "cabeza" del poder judicial, hay por creación de la ley tribunales federales de *primera instancia* (juzgados) y de *segunda instancia* (cámaras de apelaciones).

La Corte, con ser "suprema" como cabecera del poder judicial, no tiene una jurisdicción omnicomprensiva ni es depositaria originaria de la administración de justicia, porque si así fuera los tribunales inferiores ejercerían su competencia como desglose o delegación de la jurisdicción de la Corte, cuando la verdad es que la ejercen conforme a la ley por imperio directo de la constitución. Es decir, que *la constitución se las adjudica a través de la ley.*

2. — Conviene también recordar que nuestra jurisdicción judicial no incluye la que en la constitución de Estados Unidos se llama la *jurisdicción "de equidad"*, que habilita una creación judicial libre y sin sujeción al derecho vigente.

3. — A diferencia de los otros dos órganos del gobierno federal —poder

ejecutivo y congreso— que están radicados en la capital federal, el poder judicial federal no circunscribe el asiento (o la sede) de la totalidad de sus tribunales a la capital federal. Además de tribunales federales en la ciudad de Buenos Aires los hay en territorio de provincias, para ejercer jurisdicción en los casos que, por razón de materia, personas o lugar, son de su competencia federal.

La jurisdicción "federal" y la jurisdicción "provincial"

4. — Genéricamente, puede hablarse de "jurisdicción" o *fuero federal* en oposición a "jurisdicción" *provincial,* para distinguir el poder judicial federal del poder judicial provincial. Ha sido la dicotomía tradicional en nuestra estructura judiciaria.

Después de la reforma constitucional de 1994, ese deslinde necesita integrarse y completarse con una *tercera administración de justicia,* que es la de la *ciudad autónoma de Buenos Aires,* al margen de las otras dos.

Si en vez de hablar de "poder judicial *federal*" y "poder judicial *provincial*" apelamos a "poder judicial *federal*" y "poder judicial *local*", hay que hacer en el último un desdoblamiento en: a) poder judicial *provincial,* y b) poder judicial de la *ciudad autónoma de Buenos Aires.*

El esquema graficado sería éste:

Administración de Justicia
- *Federal*
- *Local*
  - a) *Provincial* (tantas como provincias hay)
  - b) *De la ciudad autónoma de Buenos Aires* (única)

5. — Así como en el gobierno federal hay un poder ejecutivo (presidente) y un poder legislativo (congreso), y en los gobiernos provinciales similar dualidad de un poder ejecutivo local (gobernador) y un poder legislativo local (legislatura), también hay en el gobierno federal un poder judicial federal y en los gobiernos provinciales un poder judicial provincial, que completan la tríada, más el poder judicial de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Los caracteres de la jurisdicción federal

6. — La jurisdicción federal está atribuida a los órganos del poder judicial del estado federal por los arts. 116 y 117 de la constitución, y regulada en diversas leyes.

La justicia federal divide su competencia por razón de *materia,* de *personas* (o "partes"), y de *lugar.*

Ofrece como características principales las siguientes:

a) Es *limitada* y de *excepción,* lo que quiere decir que sólo se ejerce en los casos que la constitución y las leyes reglamentarias señalan.

b) Es *privativa y excluyente,* lo que significa que, en principio, no pueden los tribunales provinciales conocer de las causas que pertenecen a la jurisdicción federal.

En términos generales, cabe afirmar que: b') la jurisdicción federal admite que la *ley* del congreso regule los casos de su competencia, sin que se oponga a ello la generalidad de los términos del art. 116, atento que el art. 75 inc. 20 presupone que la organización de los tribunales federales por ley del congreso incluye la de atribuirles jurisdicción y competencia; b") además de esta regulación legal, hay casos en que las "partes" a cuyo favor está discernida la jurisdicción federal *pueden prorrogarla* a favor de tribunales no federales, lo que significa que en el proceso en que acontezca tal prórroga intervendrán tribunales no federales en vez de tribunales federales.

c) Es *improrrogable* si surge por razón de *materia* o de *lugar.* c') Al contrario, es *prorrogable* cuando sólo surge por razón de las *personas,* salvo los casos de competencia originaria y exclusiva de la Corte, que se reputan absolutamente improrrogables.

7. — En virtud del carácter limitado, privativo, excluyente, e improrrogable de la jurisdicción federal, *la incompetencia de sus tribunales puede y debe declararse de oficio* (o sea, aun sin petición de parte), tanto por: a) el tribunal provincial si corresponde intervenir a uno federal; b) el tribunal federal si corresponde intervenir a uno provincial.

La regulación por ley de la jurisdicción federal

8. — De la correlación entre los distintos caracteres de la jurisdicción federal inferimos que las causas de su competencia quedan sujetas a reglamentación razonable por *ley* del congreso (además de la posible "prórroga" por voluntad de las partes cuando se trata de competencia por razón de personas). *Solamente la jurisdicción ori-*

ginaria y exclusiva de la Corte impide total y absolutamente que la ley la amplíe o la disminuya.

Quiere decir que *la ley puede:* a) "incluir" en la jurisdicción federal otras causas no enumeradas en el art. 116; b) "excluir" algunas de las enumeradas. En ambos casos, la ley ha de contar con motivos de *razonabilidad* suficiente. En cambio, *la ley no puede:* c) "excluir" ninguna de las tres causas precedidas en el art. 116 de la palabra "todas" (que son las que versan sobre puntos regidos por la constitución, las leyes federales, y los tratados).

No es suficiente que una ley determine la inclusión de determinadas causas en la jurisdicción federal; por eso el tribunal que deba aplicarla tendrá que verificar si existe verdadera y real sustancia o cuestión *federal* en relación con la materia, las personas, o el lugar, conforme a la letra y al espíritu del art. 116, ya que si bien la enumeración de causas en dicha norma no es taxativa, la ampliación debe responder esencialmente a la misma razón de las enumeradas (igualmente la disminución).

II. LAS CAUSAS DE JURISDICCION FEDERAL

El artículo 116

9. — El art. 116 abarca *genéricamente* la jurisdicción federal, en cuanto señala qué "causas" y "asuntos" corresponde conocer y decidir a la *"Corte Suprema* y a los *tribunales inferiores* de la nación", sin hacer división de instancias ni adjudicar competencias a favor de tribunales de primera instancia o de alzada.

Es muy útil e interesante trazar un paralelo entre el art. 116 y su análogo norteamericano.

Artículo 116 (ex artículo 100)	*Constitución norteamericana*
Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de *todas las causas* que versen sobre puntos regidos por la constitución, y por las leyes de la nación con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores,	El poder judicial se extenderá a todos los casos, *en derecho y equidad,* que emanan de esta constitución, de las leyes de los Estados Unidos, y de los tratados hechos o que se hicieren bajo su autoridad; a todos los casos concernientes a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, a todos los casos de almirantazgo y jurisdic-

ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos contra un estado o ciudadano extranjero.

ción marítima; a las controversias en que los Estados Unidos sea una de las partes; a las controversias entre dos o más estados; entre un estado y ciudadanos de otro estado; entre ciudadanos de diferentes estados; entre ciudadanos del mismo estado reclamando tierras bajo concesiones de diferentes estados; y entre un estado o los ciudadanos de éste y estados extranjeros, ciudadanos o súbditos extranjeros. (Modificado por la enmienda XI).

(La bastardilla es nuestra.)

10. — Dice el art. 116 que a la Corte y a los tribunales inferiores les corresponde el conocimiento y la decisión de "*todas* las causas" que versen sobre puntos regidos por la *constitución*, por *leyes de la nación* (con la reserva del art. 75, inc. 12) y por los *tratados* con las naciones extranjeras.

De aquí en más, siguiendo la enumeración de las "demás" causas y asuntos, el artículo ya no vuelve a emplear la palabra "todas", sino que se circunscribe a agregar: "de las causas...; de los asuntos...", etc. El uso y el no uso de la expresión "todas" tiene doble alcance:

a) en primer término, "*todas* las causas" quiere decir que entre las allí incluidas *no se exceptúa ninguna,* lo cual sirve para impugnar la construcción jurisprudencial de las cuestiones políticas no judiciables (que elimina el juzgamiento de ciertas causas, no obstante versar sobre cuestiones constitucionales);

b) en segundo término, "*todas* las causas" quiere decir que dichas causas deben necesariamente atribuirse a los tribunales federales (al menos en su instancia final), mientras las "demás" causas que el art. 116 individualiza sin precederlas del adjetivo *todas* (salvo las de competencia originaria y exclusiva de la Corte que deslinda el 117), pueden ser excluidas de la jurisdicción federal por ley del congreso, en caso de no existir el propósito que informa a dicha jurisdicción.

11. — De este modo, concluimos afirmando:

1º) que el *congreso:* a) no puede sustraer totalmente a la jurisdicción de los tribunales federales ninguna causa que verse sobre puntos regidos por la constitución, las leyes federales y los tratados; b) pero puede en todas las otras causas y en todos los otros asuntos (salvo los de competencia originaria y

exclusiva de la Corte por el art. 117) excepcionar la jurisdicción federal y regularla, aunque sin extenderla a casos diferentes en su índole de los mentados en el art. 116;

2º) que el propio *poder judicial* no puede declinar el juzgamiento de "algunas" causas que versen sobre puntos regidos por la constitución, las leyes y los tratados, porque la constitución se las encomienda inexorablemente a "todas" para que las conozca y decida.

Qué es "causa" en el lenguaje del artículo 116

12. — El art. 116 utiliza los vocablos *causa* y *asunto*, que en el lenguaje constitucional y procesal han sido asimilados también a *caso, proceso, juicio, pleito, cuestión*, etc.

Para explicarlo, Joaquín V. González dice: "Significa que (el poder judicial) no puede tomar por sí una ley o una cláusula constitucional, y estudiarlas e interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes; su facultad para explicarlas o interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las cuestiones que se suscitan o se traen ante ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones".

Como se aprecia, se trata meramente de que el juez no actúa fuera de un proceso, ni ejerce jurisdicción si la misma no es provocada por parte, ni dicta sentencia sin ambos requisitos.

13. — Sin embargo este concepto lato aparece restringido y desfigurado en el art. 2º de la ley 27, donde se dice que la justicia federal nunca procede de oficio (lo cual está bien) y que sólo ejerce jurisdicción en los "casos *contenciosos*" en que es requerida a instancia de parte (lo cual está mal, porque puede haber "causas" no contenciosas). De allí que sea preferible siempre hablar de *proceso*, porque proceso comprende asimismo las actuaciones en las que no existe controversia. O sea que, en definitiva, la jurisdicción acordada para conocer y decidir causas y asuntos tiene un sentido negativo y excluyente: el poder judicial no puede conocer ni decidir cuestiones abstractas o teóricas. Pero cada vez que alguien lleve al órgano judicial una cuestión incitando su jurisdicción en forma de proceso, habrá caso, causa o asunto judiciable que, en los supuestos del art. 116 constitucional, será propio de los tribunales federales.

Ver Tomo I, cap. V, nº 60; este Tomo III, cap. XLVII, nº 40.

14. — Una cierta elastización del originario perfil de la causa "contenciosa" puede darse por operada desde que la Corte admitió la *acción declarativa de certeza* para promover causas en jurisdicción federal e, incluso, en su propia instancia originaria, también en cuestiones de derecho público y en cuestiones constitucionales. (Ver este tomo III, cap. XLVII, nºs. 41, 48/49).

La jurisdicción federal "apelada" y su relación con la instancia única o múltiple

15. — Nuestra constitución alude a la *Corte Suprema* y a los *demás tribunales inferiores* cuya creación es competencia del congreso, pero no divide ni multiplica instancias. *La única adjudicación directa de competencia que efectúa es la originaria y exclusiva de la Corte en el art. 117.*

Como tampoco la constitución prescribe explícitamente que en la administración de justicia deba existir la doble instancia o la instancia múltiple, conviene efectuar algunas aclaraciones de suma trascendencia institucional.

a) Desde el bloque de constitucionalidad federal, *tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional obligan a la doble instancia en el proceso penal,* y ello tanto cuando los procesos tramitan ante tribunales federales como locales (ver Tomo II, cap. XXIV, nos. 43/44);

b) la coordinación de los arts. 116 y 117 de la constitución conduce a advertir que ella esboza linealmente dos clases de causas: b') las que desde el art. 116 *pueden llegar a la jurisdicción apelada de la Corte* "según las reglas y excepciones que prescriba el congreso" (a tenor de la fórmula que usa el art. 117); b") las de *jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte,* taxativamente señaladas en el art. 117;

c) tomado en cuenta tal diseño, las causas de jurisdicción federal *pueden ser reguladas por ley con instancia única o con instancia múltiple,* pero

d) si el art. 117 prevé la jurisdicción apelada de la Corte "según las reglas y excepciones que prescriba el congreso", es indudable que entre las causas comprendidas en el art. 116, *"algunas" han de disponer por ley de un recurso que les proporcione acceso a la jurisdicción apelada de la Corte,* lo que nos demuestra que

e) *el congreso no tiene facultad para suprimir totalmente la jurisdicción apelada de la Corte* porque, conforme al art. 117 de la constitución, *debe existir* (no en todos los casos, pero sí en algunos) (ver nº 101).

16. — Al margen del esquema precedente, y completándolo, hemos de reiterar que, conforme a la interpretación constitucional efectua-

da por la Corte, es indispensable que *exista una vía recursiva de acceso a la jurisdicción federal* en los siguientes casos:

a) respecto de decisiones emanadas de *tribunales administrativos y organismos administrativos federales* que ejercen función jurisdiccional (ver este Tomo III, cap. XLII, nºs. 42/43), incluso para satisfacer la competencia de los tribunales federales en las causas en que "la nación" es parte);

b) respecto de decisiones de los *tribunales militares* (ver este Tomo III, cap. XL, nºs. 18 y 21);

c) respecto de las decisiones que en procesos tramitados ante *tribunales provinciales* deben dictar los *superiores tribunales de provincia* para abrir la jurisdicción apelada de la Corte cuando las causas contienen una cuestión constitucional federal (ver este Tomo III, cap. XLVII, nº 18).

Este triple conjunto de causas permite afirmar que en ellas debe existir un mínimo de *dos instancias disponibles* (en el inc. a, la administrativa; en el inc. b, la militar; en el inc. c, la provincial, todas ellas abiertas a la ulterior instancia federal).

La instancia federal apelada en las causas de materia federal resueltas en jurisdicción provincial.

17. — Vamos a referirnos ahora a otro supuesto en que constitucionalmente *es indispensable que exista una instancia apelada en jurisdicción federal.* Por su importancia, tratamos este caso en forma independiente de los analizados anteriormente.

El art. 116 estipula que son de conocimiento y decisión de los tribunales federales *"todas" las causas que versan sobre puntos regidos por la constitución, las leyes federales, y los tratados internacionales* (ver nº 18).

La competencia de los tribunales federales surge acá *por razón de materia* (federal), pero:

a) dicha competencia sólo es *inicialmente federal* y sólo obliga a radicar el proceso ante un tribunal federal cuando la causa queda "directamente" e "inmediatamente" regida por el derecho federal; y

b) cuando no queda "directamente" ni "inmediatamente" regida por el derecho federal, pero guarda relación con él, la causa no es inicialmente de competencia de los tribunales federales por su

materia, y debe tramitar (si así corresponde) ante un tribunal provincial;

c) el supuesto del inc. b) *obliga a que haya una instancia apelada en jurisdicción federal.* Porque si *"todas" las causas de materia federal* comprendidas en la trinidad analizada (por versar sobre puntos regidos por la constitución, las leyes federales, y los tratados) tienen que ser conocidas y decididas en *jurisdicción federal,* es constitucionalmente improcedente que cuando se radican inicialmente en jurisdicción provincial carezcan de la posibilidad de llegar, por lo menos una vez en última instancia, ante un tribunal federal.

Remitimos en este Tomo III al cap. XLVII, nº 17 b), d) y f).

III. LAS CAUSAS REGIDAS POR EL DERECHO FEDERAL

18. — En este rubro se agrupan tres clases de causas que en el art. 116 vienen precedidas por la palabra "todas", y que son federales por *razón de la "materia":* las que versan sobre puntos regidos por a) la *constitución federal;* b) las *leyes federales;* c) los *tratados internacionales.*

En la trilogía aludida no se agotan las causas federales por *razón de "materia";* el propio art. 116 trae expresamente a continuación las de almirantazgo y jurisdicción marítima, que también son federales por su materia. Las leyes del congreso han podido asignar asimismo a la jurisdicción federal otras causas por razón de su "materia", como por ej.: las regidas por el derecho aeronáutico, por el derecho aduanero, etc.; pero, en rigor, los "añadidos" que por razón de materia introduce el congreso responden a la naturaleza federal de las respectivas leyes, y se subsumen en los casos regidos por "leyes federales".

A) Las causas que versan sobre puntos regidos por la constitución

19. — Para su *radicación inicial* ante un tribunal federal, ver lo que decimos en el nº 17. Idem para la *instancia federal apelada.*

Para la obligación de resolver las *cuestiones federales* que tienen los *tribunales provinciales,* ver este Tomo III, cap. XLVII, nº 17 f).

B) Las causas que versan sobre puntos regidos por las leyes del congreso

20. — Las causas que versan sobre *puntos regidos por las leyes del congreso* obligan a repasar las categorías de leyes que el congreso

sanciona: a) leyes federales o especiales; b) leyes *nacionales ordinarias* o de derecho común; c) leyes *locales*.

La parte del art. 116 que estamos examinando *excluye expresamente de la jurisdicción federal a las causas que versan sobre puntos regidos por el derecho común* (inc. b), y que quedan resguardadas con la reserva del art. 75 inc. 12, que confiere a los tribunales provinciales la aplicación del derecho común (básicamente constituido por los códigos de fondo —civil, penal, comercial, de minería, de trabajo y seguridad social—).

Ver las remisiones indicadas en este Tomo III, cap. XXXIV, nº 31, y cap. XXXV, nº 72.

21. — a) Para el *derecho federal,* ver este Tomo III, cap. XXXV, nos. 60/61, y para el derecho común federalizado, el nº 70.

b) Para la *radicación inicial* ante un tribunal federal de las causas regidas por derecho federal, ver lo que decimos en el nº 17. Idem para la *instancia federal apelada.*

c) Para las leyes de *derecho común,* ver este Tomo III, cap. XXXV, nos. 62, 63 y 65.

d) Para las leyes *locales,* ver este Tomo III, cap. XXXV, nos. 74 a 77.

22. — Vale reiterar asimismo que si en una causa regida por el *derecho común* se inserta una *cuestión federal,* la jurisdicción federal apelada debe quedar disponible para resolverla.

A nuestro criterio, y aunque no se compadece con la jurisprudencia de la Corte, la jurisdicción federal apelada debería asimismo cobrar curso cuando en la interpretación y aplicación del derecho común hay *jurisprudencia contradictoria* en casos análogos; ello para salvar la uniformidad requerida en resguardo del derecho a la igualdad (ver cap. XLVII, nos. 12 y 21).

C) Las causas que versan sobre puntos regidos por los tratados internacionales

23. — Estas causas versan sobre *puntos regidos por tratados* con los otros estados y, genéricamente, por el *derecho internacional.* De ahí que este tipo de causas involucra también las reguladas por derecho internacional consuetudinario (o derecho de gentes).

Ya la ley 48 en su art. 21, al enumerar en orden de prelación las normas que debían aplicar los tribunales federales, citaba separadamente los *tratados* con naciones extranjeras y los *principios del derecho de gentes,* con lo que entendía que no eran la misma cosa porque, de serlo, no hubiera desdoblado la mención. Al mismo tiempo, el art. 1º inc. 3º de la citada ley 48, al disponer que la Corte conocería en primera instancia de las causas concernientes a embajadores, etc., añadió "del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes".

Los tratados internacionales, cualquiera sea la materia que regulan, siempre tienen naturaleza y carácter de *derecho federal,* también cuando abarcan materias que en nuestro derecho interno son propias del "derecho común" (civil, penal, comercial, etc.) o pertenecen a la competencia de las provincias (por ej., procesal). Tal es la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema (ver Tomo II, cap. XXIX, nº 25).

No obstante, en las causas que versan sobre puntos regidos por tratados o por derecho internacional consuetudinario, hay que hacer el mismo desdoblamiento que en las que versan sobre puntos regidos por la constitución o las leyes federales: a) la jurisdicción federal se abre inicialmente sólo si la causa está "directamente" y "especialmente" regida por un tratado; b) si no lo está, tramita ante tribunales provinciales, pero debe quedar expedita en última instancia la posible *jurisdicción federal apelada.*

Las causas que no son federales por "razón de materia"

24. — En el residuo que queda fuera de las causas regidas por el derecho federal hay que incluir al *derecho provincial,* lo que significa que las causas que versan sobre su aplicación corresponden a los tribunales provinciales, con las salvedades siguientes: a) pueden alguna vez ser de jurisdicción *federal* por *razón de personas* (si por ej., litigan vecinos de distintas provincias); en ese caso, la aplicación del derecho provincial corresponderá al tribunal federal que deberá entender en la causa (ver nº 26); b) pueden anidar una *cuestión federal* conexa y, en ese caso, la causa radicada y resuelta en jurisdicción provincial debe poder llegar finalmente a la *jurisdicción federal apelada,* una vez resuelta por el superior tribunal local.

El derecho "intrafederal"

25. — Indagar ahora si lo que se denomina *derecho "intrafederal"* (ver Tomo I, cap. VIII, nº 5 b), integra o no el derecho federal a los efectos de las causas que por razón de "materia" corresponden a la jurisdicción federal, resultaría demasiado extenso y obligaría a desmenuzar una variedad de normas intrafederales (leyes-contrato, convenios entre el estado federal y las provincias trata-

dos interprovinciales, etc.). Tal vez, como esquema general, diríamos que: a) la intervención concurrente de órganos federales y provinciales en la producción de normas intrafederales permite catalogarlas como *derecho federal*, pero: b) para que surja inicialmente la jurisdicción federal en una causa regida por ellas hace falta que: b') dicha causa se funde directamente y especialmente en una de esas normas, o: b") la norma regule materia propia del derecho federal (por ej., una ley-contrato sobre impuestos) y no de derecho común (por ej., una ley-contrato sobre previsión social); c) si no ocurre nada de lo expuesto en el inc. b), la causa habría de radicarse en jurisdicción provincial, pero ser susceptible de decisión final en *jurisdicción federal apelada*.

Las causas regidas por derecho "no federal" que corresponden a la jurisdicción federal por razón de personas o de lugar

26. — *Las causas que por razón de "materia" (no federal) se sustraen a la jurisdicción federal, pueden llegar a pertenecer a dicha jurisdicción por razón de "personas" (o partes) o por razón de "lugar", pese a que su materia sea de derecho común, o de derecho provincial.*

Por ende, la jurisdicción federal está habilitada a aplicar normas de derecho "no federal" (que no corresponden a sus tribunales por razón "de materia") cuando la competencia federal procede *por razón "de personas"* (o partes). (Así, en una causa entre un vecino de la provincia de Santa Fe y un vecino de la provincia de Entre Ríos —que es de jurisdicción federal por razón "de las personas"— debe entender un tribunal federal, aunque la causa verse sobre un contrato de locación regido por el código civil, que es derecho común).

IV. LAS CAUSAS DEL ALMIRANTAZGO Y JURISDICCION MARITIMA

La materia comprendida en ellas

27. — Por razón de la "materia", son de competencia de los tribunales federales las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

La voz "almirantazgo" proviene del derecho inglés, y se refiere a los hechos que acontecen en el mar, más allá de las líneas de alta y baja marea.

Aun cuando en materia *legislativa* es competencia del estado federal a través del congreso reglar el *comercio* con los estados extranjeros y el de las provincias entre sí (art. 75 inc. 13), la jurisdicción federal en cuestiones marítimas no es una mera consecuencia de aquella atribución, porque su objeto radica en "poner bajo control nacional al tráfico de cualquier clase y objeto que se realice en aguas que se hallan abiertas a todas las banderas" (Gondra).

Genéricamente, la Corte Suprema ha conceptuado que la materia está dada por "la *navegación* y el *comercio* marítimos", y circunscripta de la siguiente manera: "La navegación que se relaciona con el comercio marítimo es la que se hace de un puerto de la república a otro extranjero, o entre dos provincias por los ríos interiores declarados libres para todas las banderas por el art. 26 de la constitución nacional...". Quedan excluidos los servicios de transporte, lanchaje u otras operaciones dentro de puertos por embarcaciones menores.

Además de la jurisdicción federal para casos acontecidos en alta mar a bordo de buques argentinos, debemos comprender en principio los casos relativos a comercio y navegación en el mar territorial, en los ríos navegables, en los lagos navegables, en las islas, en las playas y riberas de mares y de ríos navegables, en los puertos, etcétera.

28. — Entre los diversos casos que, por referirse a navegación y comercio marítimos, encuadran en la competencia federal atribuida en razón de materia para las cuestiones de almirantazgo y jurisdicción marítima, se ha podido señalar: a) apresamiento o embargos marítimos en guerra; b) choques, averías de buques, abordajes, etc.; c) asaltos hechos o auxilios prestados en alta mar, o en puertos, ríos y mares donde el estado tiene jurisdicción; d) arribadas, forzosas; e) hipoteca naval; f) seguro marítimo; g) contrato de fletamento; h) nacionalidad del buque; i) construcción y reparos del buque; k) indemnizaciones por accidentes ocurridos a bordo a raíz de su carga o descarga, o a raíz de las obligaciones del capitán y tripulación con relación a la navegación y al comercio marítimo; l) despidos por servicios prestados a bordo de buques de apreciable porte, etcétera.

29. — Dentro de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima se incluyen no sólo las relativas a actividad marítima, sino también a la *aeronáutica,* conforme al código aeronáutico.

V. LAS CAUSAS EN QUE LA "NACIÓN" ES PARTE

El alcance de la norma

30. — El art. 116 señala como competencia de la justicia federal los asuntos en que *la "nación" sea parte.*

La constitución sigue utilizando erróneamente el término nación cuando se refiere al *estado federal,* en una evidente confusión de conceptos, ya que uno es sociológico, y el otro político. Por ende, donde el artículo suscita jurisdicción federal cuando "la nación" es parte, debemos leer: *cuando "el estado federal" es parte.*

La jurisdicción federal procede tanto cuando el estado federal es parte *actora* como cuando es parte *demandada*. Además, por "nación" (equivalente a estado federal) no se entiende solamente el estado federal, sino también algunas *entidades autárquicas y empresas del estado* que, autorizadas por las disposiciones que las rigen para actuar directamente en juicio, pueden comprometer la eventual responsabilidad del estado.

Conforme al derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte Suprema el estado (la "nación") no puede ser llevado a juicio por las controversias entre sus reparticiones, las que deben ser resueltas por el Procurador del Tesoro (ley 19.983), y por ello en tales controversias no se suscita caso judicial, correspondiendo decidir la incompetencia de la justicia federal.

31. — La jurisdicción federal en causas en que el estado es parte se discierne "ratione personae" (por razón de *parte*) y, por lo tanto, no interesa la "materia" de la causa (o el derecho que la rige).

Tampoco interesa cuál sea la otra parte que interviene en el juicio.

Las causas contenciosoadministrativas

32. — La constitución no menciona estas causas en el art. 116, pero son de competencia de los tribunales federales por razón de "materia", en cuanto están regidas por el derecho administrativo. Suele confundirse en ellas la competencia "ratione materiae" ya aludida con la competencia "ratione personae" porque normalmente resulta parte el estado federal (la "nación").

Por supuesto, nos referimos a las causas regidas por el derecho *administrativo federal,* porque las contenciosoadministrativas provinciales pertenecen a la respectiva jurisdicción provincial por razón de "materia" local. (Pueden ser federales por razón de "personas").

Los tribunales administrativos en relación con la jurisdicción federal

33. — Remitimos en este Tomo III, al cap. XLII, nos. 39 a 43, y 48.

La justiciabilidad del estado

34. — En el derecho constitucional del poder cabe como tema perteneciente a la administración de justicia el de la justiciabilidad del propio estado. A nadie se le escapa que el problema tiene un trasfondo doctrinario vinculado con la *subordinación del estado al derecho* y con la *responsabilidad del estado.*

Por la imputación que al estado se hace de la conducta de los gobernantes, que son *órganos suyos,* podemos obtener la versión moderna del principio: el

estado no escapa a la obligación de que los actos que cumplen sus órganos de poder se ajusten al derecho vigente, en primer lugar, a la *constitución;* el control de constitucionalidad es una de las formas de asegurar ese ajuste.

Este sometimiento del gobernante y del estado al derecho no se ha conformado con la pura afirmación doctrinaria, sino que ha buscado eficacia en *garantías* concretas de la técnica jurídica, y ha procurado que el custodio último y definitivo —donde la coerción concluye su ciclo posible— sea el que mayor seguridad y confianza depara y merece: *un tribunal de justicia.* Por eso el estado ha sido considerado como eminentemente *justiciable*, es decir, susceptible de ser llevado a los tribunales a través de un proceso judicial.

El *art. 116* da recepción a la justiciabilidad del estado (ver nº 36) pero el "principio" de que el estado es justiciable no deriva de ese reconocimiento normativo, sino del *sistema axiológico* que es propio del *estado democrático.*

35. — En primer lugar, se usó la doctrina de la *"doble personalidad" del estado*, es decir, la persona jurídica "estado" se desdobló en: a) una *persona de "derecho público";* b) otra *persona de "derecho privado".*

La duplicación de personalidades del estado, bien que doctrinariamente inaceptable y superada (porque la *única* personalidad estatal es siempre de *derecho público,* aunque el estado actúe en ámbitos del derecho privado), permitió que el estado, originariamente no justiciable ni responsable, fuera justiciable y responsable cuando actuaba como *persona de derecho privado;* y, además, también desde hace tiempo, el estado cayó bajo jurisdicción de los jueces cuando actuaba en el *campo patrimonial como "fisco"* (la máscara del "fisco" se usó para poder demandar al estado judicialmente).

Actualmente, la única (o unitaria) personalidad pública del estado lo hace justiciable y responsable, sea que actúe en el área del derecho público, sea que actúe en el área del derecho privado. Sólo permanece como no justiciable en el reducto de las llamadas "cuestiones políticas" que, por reputarse tales, se denominan también "no judiciables".

El estado federal como parte en juicio en el derecho constitucional argentino

36. — En nuestro derecho constitucional del poder, nunca pudo ser dudoso que *el estado federal es justiciable,* porque el art. 116 de la constitución incluye entre las "causas judiciales" que son de competencia del poder judicial federal, aquellas en que *la "nación"* (léase "el estado") *es parte.* Afirmar que el estado "es parte" en una causa judicial significa presuponer que *es justiciable.*

No obstante, cierto sector de la doctrina, y la jurisprudencia —hoy ambos superados— sostuvieron que la jurisdicción federal en causas contra el estado

era una delegación legal del congreso a favor de los tribunales federales. La propia Corte, en el caso "Adrogué c/P.E.N.", del año 1881, afirmó que tales tribunales no tenían jurisdicción porque el estado no podía ser demandado sin consentimiento del congreso.

Posteriormente, se evoluciona en un doble aspecto: a) admisión de la justiciabilidad del estado; pero, b): con *venia legislativa* previa. O sea, el estado era justiciable, *una vez que el congreso daba el "permiso" correspondiente para que se lo demandara.*

Las leyes 3952 y 11.634, de demandas contra el estado.

37. — En 1900 se dicta la ley 3952, llamada de *demandas contra la nación* (léase contra el estado) donde no aparece el requisito de la venia legislativa; pero una interpretación estricta pretendió encontrar subterfugios y sostuvo que si bien *no* se precisaba venia para demandar al estado como "persona de derecho *privado*", dicha venia era en cambio necesaria cuando se lo demandaba como "persona de derecho *público*". Para obviar toda duda, la ley 11.634, del año 1932, redactó el artículo cuestionado (1º) en la siguiente forma: "Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la nación, sea en su *carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa;* pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el poder ejecutivo y su denegación por parte de éste".

Actualmente, la ley de procedimientos administrativos nº 19.549, modificada por la ley 21.686, regula la reclamación administrativa previa y sus excepciones.

38. — Sin entrar al detalle de las leyes que regulan las demandas contra el estado, creemos que no es inconstitucional prever en ellas que antes de promover juicio contra el estado haya que efectuar en determinados casos una *reclamación administrativa previa.*

Las *provincias* que demandan al estado federal no quedan sometidas, sin embargo, a observar el requisito de la reclamación administrativa previa ante él (ver doctrina del fallo de la Corte en el caso "Provincia de Salta c/Estado Nacional", del 25 de julio de 1985).

39. — La normativa de la ley 3952 se aplica sólo cuando el estado es "parte", *y no rige en los casos en que son demandadas otras personas jurídicas "estatales",*

como por ej. las entidades autárquicas, que tienen personalidad propia y distinta a la del estado.

Cuando los entes descentralizados carecen de personalidad jurídica para actuar en juicio y ser directamente demandables, la acción debe dirigirse contra el estado, siéndole aplicable la ley 3952.

40. — No se puede demandar al poder ejecutivo ni al congreso, ni al poder judicial, porque no son personas jurídicas. La demanda debe entablarse contra "el estado" (ver nº 49).

41. — Si reales razones de emergencia pueden, excepcionalmente, dar base a leyes que difieran por un tiempo breve, y con razonabilidad suficiente, el *cumplimiento* de las sentencias de condena contra el estado (ver nº 46), entendemos —como principio— que *ninguna emergencia presta sustento constitucional suficiente a normas que, aun por plazos cortos, impidan iniciar o tramitar juicios contra el estado*, así tengan éstos como objeto el cobro de sumas de dinero.

La diferencia entre admitir excepcionalmente la suspensión temporalmente limitada del cumplimiento de las sentencias, y no admitir suspensiones en la promoción o trámite de los procesos, radica en que la secuela de un juicio no incide sobre una situación de emergencia, ni la agrava, ni la perjudica, ni alivia sus efectos, ni coadyuva a superarla.

No obstante, este criterio no ha tenido reflejo en el derecho judicial de la Corte.

La sentencia de condena con efecto meramente declarativo

42. — El art. 7º de la ley 3952 consagra el privilegio de la *inejecución forzosa* de la sentencia condenatoria dictada en juicio contra el estado: "las decisiones que se pronuncien en estos juicios —dice— cuando sean condenatorias contra la nación, tendrán *carácter meramente declaratorio,* limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda".

Tal disposición, en cuanto exime de ejecutar la sentencia, es, a nuestro criterio *inconstitucional* porque hiere por lo menos varios derechos que la constitución consagra: a) afecta al *derecho de propiedad* de la parte que obtiene sentencia a su favor, porque ¿qué sentido efectivo tiene su crédito, si su satisfacción queda librada al arbitrio y la discreción del estado deudor sin posibilidad de coerción?; b) burla el *derecho a la jurisdicción* en su etapa final de obtención razonablemente rápida de una sentencia eficaz y útil, porque ¿qué utilidad y eficacia tiene una sentencia que "declara" un derecho y que no se puede ejecutar?; c) ofende a la *igualdad ante la ley y ante la*

jurisdicción, porque el estado tiene un privilegio irritante del que carecen los particulares y todos los demás justiciables (sean personas físicas o jurídicas).

Asimismo, cuando el avance del derecho judicial extiende cada vez más la responsabilidad del estado —inclusive por su actividad lícita—, resulta discordante que las sentencias que lo condenan no surtan efecto ejecutorio y esquiven la asunción plena y cabal —hasta coactiva— de esa misma responsabilidad, que en este caso implica además responsabilidad en el cumplimiento de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

43. — En el nivel actual de la conciencia jurídica y de las valoraciones colectivas de nuestra sociedad, es fácil aseverar que si, acaso, el art. 7º de la ley 3952 pudo no ser inconstitucional a la fecha de dictarse la ley —en 1900—, hoy está ya descalificado por *inconstitucionalidad "sobreviniente".*

44. — No es atendible el argumento que, a favor de la "no ejecutoriedad", alega que para la procedencia y efectividad del pago condenatorio de una suma de dinero por el estado debe existir previsión presupuestaria; desde que se promueve un juicio contra el estado —máxime si debe precederlo la reclamación administrativa— el estado está en condiciones aptas para prever y adoptar anticipadamente las medidas del eventual pago ulterior, como asimismo para conocer cuáles son los juicios en su contra.

Tampoco es coherente el argumento de que el efecto ejecutorio es innecesario porque el estado siempre es solvente; precisamente si lo es, está en mejor condición que nadie para afrontar el pago condenatorio.

La reglamentación del cumplimiento de la sentencia de condena

45. — Toda norma —legal o reglamentaria— que enfoque las modalidades para hacer efectivo el cumplimiento de las sentencias de condena que obligan al estado debe, necesariamente, para satisfacer la *razonabilidad* y para respetar la *cosa juzgada,* evitar tramitaciones administrativas burocráticas y dilaciones que desvirtúen la esencia de la decisión judicial.

Si partimos del principio de que solamente el tribunal de la causa tiene disposición sobre el modo y la ocasión de cumplir y hacer cumplir su fallo, es fácil aceptar que *ni las leyes ni las reglamentaciones del poder ejecutivo están habilitadas para complicar y demorar el cumplimiento de las sentencias condenatorias del estado.*

Cuando lo hacen, violan: a) *el derecho a la jurisdicción* del justiciable ganancioso, que comprende el de lograr eficacia y utilidad en la sentencia que le ha sido favorable; b) *la división de poderes, la zona de reserva del poder judicial, y la cosa juzgada,* porque el cumplimiento de la sentencia no puede

supeditarse a la intervención ulterior y discrecional (por más que esté normada) de órganos ajenos al poder judicial; c) *la igualdad de los justiciables,* por el privilegio que se dispensa al estado condenado en juicio para autofijarse el modo y el tiempo de cumplir la sentencia.

46. — Solamente razones inequívocas y fundadas de real *emergencia* permiten, por excepción, considerar *constitucionales a las leyes que, temporalmente limitadas a plazos breves, dilatan o suspenden el cumplimiento por parte del estado de las sentencias de condena dictadas en su contra.*

Al contrario, carecen de razonabilidad y son *inconstitucionales* leyes como la de consolidación de deudas del estado nº 23.982, del año 1991, que abarcó las deudas estatales de carácter dinerario provenientes de sentencias judiciales, fijándoles plazos de pago que, según la naturaleza de la deuda, se extienden desde los diez a los dieciséis años y requieren, a efectos de dicho pago, una solicitud de trámite sumamente complicado y burocrático.

El derecho judicial en materia de sentencias de condena contra el estado federal

47. — El derecho judicial emergente de la jurisprudencia de la Corte Suprema ha fijado pautas que, sin apartarse de la norma legal sobre el efecto meramente declarativo de las sentencias contra el estado, han atenuado parcialmente la injusticia que encierra. La evolución del derecho judicial se advierte en dos etapas:

a) hasta 1966 la Corte señaló que la autoridad demandada debe disponer las medidas correspondientes para el cumplimiento de la sentencia judicial con toda la diligencia posible, y que es viable una intervención judicial posterior a la sentencia si aquella autoridad incurre en irrazonable dilación en el acatamiento del fallo (por ej.: caso "Cordara Olga Noemí Impini de c/Administración General de Obras Sanitarias de la Nación" —del año 1965—);

b) a partir de 1966, en el caso "Pietranera Josefa y otros c/Gobierno Nacional", agregó la posibilidad de que transcurrido un plazo extenso sin que la sentencia haya sido cumplida, el juez de la causa requiera del estado la manifestación concreta de la fecha en que cumplirá la sentencia.

Como principio general del derecho judicial vigente, citamos el que surge de la jurisprudencia de la Corte en el caso "Chiodetti Remo J. y otros c/Gobierno Nacional" —del año 1967—: el carácter declarativo de las sentencias contra el

estado no significa, en modo alguno, una suerte de autorización al estado para que no las cumpla, porque ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar por su respeto; por ello, el art. 7º de la ley 3952 no descarta una pertinente intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo cuando se dilata irrazonablemente su cumplimiento.

Las sentencias de condena contra las provincias

48. — Como las provincias son personas jurídicas, y la regulación de las personas jurídicas y de su responsabilidad es materia propia del *código civil* (cuya prioridad respecto de las constituciones y leyes provinciales viene impuesta por el art. 31 de la constitución) se dice que ni las constituciones ni las leyes provinciales pueden modificar ni condicionar la responsabilidad de las provincias que surge del código civil. Ello significa, entre otras cosas, que *el derecho provincial no puede privar de efecto ejecutorio a las sentencias condenatorias de la provincia* (tanto si la sentencia ha sido dictada por un tribunal federal como si lo ha sido por uno provincial); ni puede establecer que la eventual ejecución se someta a plazo.

El derecho judicial emanado de la Corte ha declarado *inconstitucionales* las normas del derecho provincial que contienen disposiciones de ese tipo, por entender que resultan incompatibles con el régimen del código civil en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. (Ver, por ej., el fallo del 19 de noviembre de 1981 en el caso "Gulglioni de Leiva c/Superior Gobierno de la provincia de Corrientes".)

El argumento es correcto, pero conduce a una *desigualdad injusta* respecto del estado federal, al que la ley 3952 (que por emanar del congreso puede apartarse del código civil, que también es "ley" de igual rango) le ha otorgado el privilegio del efecto meramente declarativo de las sentencias que lo condenan. Si se compartiera nuestro criterio sobre la inconstitucionalidad del art. 7º de la ley 3952, quedaría equiparada la situación del estado federal y de las provincias en materia de ejecución de sentencias condenatorias, haciéndola viable en ambos casos.

La falta de "legitimación pasiva" de los órganos de poder para ser demandados

49. — Cada uno de los órganos de poder del gobierno federal (y, por analogía, cada uno de los órganos de los gobiernos provinciales) *no resulta demandable,* porque los órganos de poder carecen de personalidad jurídica propia, como igualmente carece de ella el conjunto de todos los que componen el "gobierno". La actividad de dichos órganos se imputa al "estado" cuyo poder ejercen y al cual —en cuanto persona jurídica— representan. De ello inferimos que la demanda que versa sobre alguna actividad cumplida por cualquiera de esos órganos en ejercicio del poder estatal, debe dirigirse *contra el estado.*

La improcedencia de demandas contra los órganos de poder encuentra alguna excepción en los juicios de *amparo* y de *habeas corpus*, cuando el régimen legal de tales procesos judiciales establece que en los mismos se hace "parte" la *autoridad* contra cuyo acto se entabla la acción de amparo o de habeas corpus.

La prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales extranjeros en juicios en que es parte el estado

La inmunidad de jurisdicción de los estados

50. — Remitimos al cap. XLV, nos. 55 y 56.

El problema de la inmunidad de jurisdicción y de su renunciabilidad en el derecho argentino

51. — El art. 116 —entre las causas que incluye dentro de la jurisdicción federal de nuestros tribunales— prevé algunas en que *es "parte" un estado extranjero;* o sea, admite como posible que un estado extranjero litigue ante tribunales argentinos. (Otra cosa es que por fuente de derecho internacional y de ley interna la justiciabilidad de los estados extranjeros en Argentina se supedite al *acatamiento* de nuestra jurisdicción por parte de ellos, a efectos de respetar la inmunidad.) (Ver nos. 84, 86 y 87).

De aquí en más inferimos que si los estados extranjeros son justiciables por nuestra constitución en jurisdicción argentina, la elemental regla de igualdad, reciprocidad y coherencia conduce a afirmar que, a la inversa, *la constitución permite implícitamente que nuestro estado sea justiciable ante tribunales extranjeros.*

Presupuesto que es constitucional la justiciabilidad de nuestro estado por tribunales extranjeros, hay que decidir si puede serlo *forzosamente* ("sometimiento" a extraña jurisdicción) o sólo *voluntariamente* ("sumisión").

52. — La pregunta deriva a proponer si es constitucionalmente procedente la *prórroga* de jurisdicción de nuestro estado a favor de los tribunales de un estado extranjero. La respuesta, aunque con numerosas variantes, con algunas excepciones, y hasta con ciertas negaciones, es afirmativa: *la prórroga es posible, con consentimiento de nuestro estado.*

La razón por la cual la prórroga *sólo es viable* por sumisión voluntaria radica en la recepción que nuestro derecho interno brinda a la norma de derecho

internacional conforme a la cual la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros es renunciable por éstos para sujetarse a tribunales de otro.

53. — No obstante, hemos de formular una reserva personal: cuando la causa en que es parte nuestro estado es una de las que, por *razón de materia,* el art. 116 engloba con la palabra "todas" para adjudicarlas a la jurisdicción de los tribunales federales, *la jurisdicción argentina es improrrogable* (causas regidas por derecho federal: constitución, leyes, y tratados).

De ello inferimos que si la "materia" de la causa no queda incluida en la trilogía de causas regidas por la constitución, las leyes federales y los tratados, *nuestro estado puede prorrogar* la jurisdicción a favor de tribunales de un estado extranjero.

54. — En la doctrina, aparecen otros tipos de causas que se reputan *insusceptibles de prórroga:*

a) así, aquéllas en que la cuestión litigiosa afecta a nuestro estado como *poder público* (no obstante, del fallo de la Corte en el caso "Manauta", de 1994, surge que para la justiciabilidad de un estado extranjero por tribunales argentinos nuestra jurisdicción no se retrae en el caso de cuestiones en que dicho estado ha actuado como poder público si la jurisdicción argentina es consentida, lo que revela que, a la inversa, bien podría nuestro estado ser llevado a juicio con su consentimiento ante un tribunal extranjero aunque se tratara de actos cumplidos "iure imperii" como poder público);

b) también hay doctrina que se opone a la prórroga cuando *nuestro estado debe litigar con un estado extranjero* ante tribunales de éste; o sea, que los juicios en que fueran parte nuestro estado y un estado extranjero no podrían someterse a la jurisdicción del otro estado parte.

55. — Ahora hay que enfocar cuál es el *procedimiento* a seguir para formular la prórroga y acatar la jurisdicción extranjera, lo que implica señalar qué órgano de poder está constitucionalmente habilitado.

En el derecho argentino, la prórroga con la consiguiente sumisión a jurisdicción extranjera se ha llevado a cabo alguna vez por *decreto* del poder ejecutivo, y otras veces por *ley.*

La exigencia ineludible de la autorización de la prórroga por *ley* nos parece, por lo menos, dudosa, porque queremos decir que si el *poder ejecutivo* es el órgano que representa internacionalmente (y también internamente) a nuestro estado, y el que tiene a su cargo la conducción de las relaciones internacionales, hay suficiente base para pensar que la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros en juicios en que el nuestro es parte entra en la competencia del poder ejecutivo.

Confrontado este criterio personal con el saldo que arroja el derecho constitucional material, cabe reconocer la posible prórroga como *competencia concurrente* del congreso y del poder ejecutivo.

La prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales no federales en juicios en que es parte el estado

56. — La prorrogabilidad a favor de tribunales extranjeros de la jurisdicción federal en causas en que es parte el estado, sirve para trasladarse de modo similar al caso de prórroga a favor de *tribunales arbitrales* —argentinos o extranjeros—.

a) Cuando la competencia de la justicia federal surge *únicamente* porque el estado es parte (o sea, por razón de la persona que litiga), la jurisdicción es *prorrogable* a favor de *tribunales arbitrales* en los casos en que: a') la ley lo autoriza, o a") el estado lo pacta;

b) La prórroga expuesta en el inciso anterior tiene un límite impeditivo, en los casos en que la cuestión litigiosa afecta al estado como *poder público;*

c) Cuando la competencia de la justicia federal surge *no sólo* porque el estado es parte (o sea, por razón de la persona que litiga), *sino también* en razón de la *materia* porque la causa versa sobre puntos regidos por la constitución, las leyes (federales) o los tratados, la jurisdicción es *improrrogable.*

d) Finalmente, no habría razón para dejar de aplicar igual esquema al supuesto de prórroga a favor de *tribunales provinciales.*

La supuesta prórroga de la jurisdicción argentina a favor de tribunales "internacionales"

57. — Remitimos a la explicación que damos en el acápite XI y en el cap. LI sobre la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida por el Pacto de San José de Costa Rica, y acatada por la República Argentina. Ha de tenerse en cuenta que en este caso la supuesta prórroga *no se efectúa a favor de tribunales "extranjeros"* (o de otro estado) por cuanto no cabe, sin más, equiparar a "extranjero" un *tribunal "internacional".*

VI. LAS OTRAS CAUSAS POR RAZÓN DE PARTES

Su concepto

58. — Analizadas ya las causas en que el estado es parte (donde la jurisdicción federal surge por razón de la "persona") resta otro cúmulo en que también dicha jurisdicción está dada por el art. 116 en virtud de (o en razón de) las *personas* o *partes,* es decir, de quien (o quienes) intervienen en el juicio, con independencia de cuál sea la "materia" o el derecho (federal o no) que rige la causa.

Este nuevo conjunto de causas viene enunciado con precisión en la parte final del art. 116. Si se lo lee atentamente, se advierte una diferencia con el enunciado de las causas (o los asuntos) en que "la

nación" (el estado) es parte, sin indicarse cuál es —o debe ser— la otra parte; es decir, basta que el estado sea parte. En cambio, en las causas que ahora hemos de enunciar se emplea otra terminología, porque se habla de causas "que se susciten *entre...*" o *"contra"* tales y cuales partes; es decir, aquí viene indicado cuál es —o debe ser— *la parte actora y la parte demandada,* de forma que la jurisdicción federal por razón de "personas" encuentra una indicación de quiénes deben intervenir como partes contrarias (actora y demandada): "quién" *con* "quién", o "quién" *contra* "quién", *o entre* "quienes".

Entre estos "quienes" (partes o personas) hallamos "provincias", "vecinos de diferentes provincias", "ciudadanos extranjeros", "estados extranjeros".

59. — La letra del art. 116 apunta a causas que se suscitan:

a) entre *dos o más provincias;*

b) entre *una provincia y los vecinos de otra;*

c) entre *vecinos de diferentes provincias;*

d) entres *una provincia o sus vecinos, y un estado o ciudadano extranjero.*

60. — La enumeración de las causas del art. 116 *por razón de partes* podría sugerir, si nos ciñéramos a una interpretación rígidamente literal, que las limita a procesos estrictamente *contenciosos* en el sentido más clásico de la ley 27. En efecto, expresiones como "causas *entre...*" y causas *"contra..."* dejarían fuera de la lista a muchas que personalmente damos como integrándolo.

Por un lado, la terminología aludida sólo reviste el alcance de señalar la *bilateralidad* de partes que han de intervenir en un proceso para que quede comprendido en el art. 116.

Por otro lado, cuando menciona las causas "entre una provincia o sus vecinos *contra* un estado o ciudadano extranjero" no creemos que las reduzca a las que tienen como parte demandada a un estado extranjero o a un ciudadano extranjero; bien pueden éstos ser parte actora, y ser parte demandada una provincia o sus vecinos, de forma que ambas hipótesis queden absorbidas por la norma.

Recordemos, al efecto, que el texto originario de 1853 enfocaba el caso sin usar la palabra "contra", y hablaba de causas "entre una provincia y un estado o ciudadano extranjero", al modo como en la ley 48 y el decreto-ley 1285/58 se ha sustituido asimismo el vocablo "contra" por la palabra "y".

61. — Desglosando la serie de causas por razón de partes que aquí analizamos obtenemos las siguientes:

a) *"provincia" (una o más) con "provincia" (una o más);*

b) *"provincia" con "vecinos de otra provincia";*

c) *"provincia" con "estado extranjero";*

d) *"provincia" con "ciudadano extranjero";*

e) *"vecinos de una provincia" con "vecinos de otra provincia";*

f) *"vecinos de una provincia" con "estado extranjero";*

g) *"vecinos de una provincia" con "ciudadano extranjero".*

62. — Si pretendiéramos alargar las causas por razón de partes, incluyendo aquéllas en que es parte el *estado federal*, cabría añadir a los incisos a) a g) las causas entre:

h) *el "estado" y los "vecinos de una provincia";*

i) *el "estado" y un "ciudadano extranjero";*

j) *el "estado" y un "estado extranjero";*

k) *el "estado" y una "provincia".*

63. — Es bueno anticipar también desde ahora, para posteriores explicaciones, que la lectura del art. 116 nos hace ver que en él *no* figura una causa que, en cambio se hallaba comprendida entre las de jurisdicción federal en el primitivo art. 97 del texto constitucional originario, y que fue suprimida en el texto de 1860. Es la causa que se suscita entre "una *provincia y sus propios vecinos*" (que sólo puede ser de jurisdicción federal por "razón de materia").

La justiciabilidad de las provincias

64. — Las provincias son *personas jurídicas "estatales"*, o sea, son *"estados" con personalidad de derecho público.*

La justiciabilidad de las provincias merece un desdoblamiento, conforme al cual una provincia puede —según los casos— estar en juicio ante: a) tribunales *federales* (jurisdicción federal); b) tribunales *provinciales* (jurisdicción provincial o local).

65. — Cuando la provincia es justiciable en *jurisdicción federal*, la jurisdicción federal surge de la constitución federal; por eso, las normas de derecho provincial (constitución provincial, leyes provinciales, etc.) no pueden regularla, porque la materia les es totalmente ajena a su competencia. De ahí que el derecho judicial emanado de la Corte Suprema considere *inconstitucional a toda norma del derecho provincial que reglamenta o condiciona la justiciabilidad de las*

provincias ante tribunales federales (por ej., las normas locales que exigen reclamación administrativa previa en jurisdicción provincial para poder demandar a una provincia).

Como contrapartida, si una provincia demanda al estado federal no necesita cumplir el recaudo de la reclamación administrativa previa que exige la ley 3952 de demandas contra el estado (ver el fallo ya citado de la Corte Suprema del 25 de julio de 1985 en el caso "Provincia de Salta c/Estado Nacional"). (Ver nº 38).

Al contrario, las provincias pueden reglar razonablemente su acceso a los tribunales propios (imponiendo, por ej., la reclamación administrativa previa en sede local para poder ser demandadas judicialmente). Igualmente el procedimiento.

Esta dualidad —según la provincia enfrente a la jurisdicción federal o a la provincial— hace observar que una misma *ley provincial* (la que condiciona y reglamenta la justiciabilidad de la provincia), puede ser a la vez *constitucional* (cuando se la aplica para los juicios en que la provincia es parte ante sus propios tribunales) e *inconstitucional* (si se la pretende aplicar a los juicios en que la provincia es parte ante tribunales federales). (Ver Tomo I, cap. V, nº 37 b).

66. — Para la *ejecución de sentencias de condena contra las provincias,* ver nº 48.

Los casos en que la jurisdicción federal surge porque es parte una provincia

67. — Las posibles *cuatro causas* de jurisdicción federal *por razón de "personas"* en que aparece una provincia como parte a tenor del art. 116, son:

a) una "provincia" *con otra u otras;*

b) una "provincia" y *vecinos de otra;*

c) una "provincia" y *un estado extranjero;*

d) una "provincia" y un *ciudadano extranjero.*

Estos cuatro tipos de causas son, además, de *competencia originaria y exclusiva de la Corte* en virtud del art. 117, según lo expresado en el cap. XLIX.

Desde ya adelantamos que, a nuestro criterio, el art. 116 condiciona esa competencia de la Corte a la concurrencia de dos condiciones: a) que *una provincia sea parte* (actora o demandada), pero b) que

la "otra parte" en el juicio sea alguna de las que prevé dicha norma cuando arma estas cuatro causas, es decir: b') *otra provincia;* b") *vecinos de otra provincia;* b"') *un estado extranjero;* b"") *un ciudadano extranjero.*

Estas son las únicas causas que, en *razón de personas,* el art. 116 atribuye a la jurisdicción federal *por ser parte una provincia.* Si, eventualmente, otra causa en que es parte una provincia corresponde a la jurisdicción federal, la competencia de ésta no surge porque sea parte una provincia, sino por otro motivo —por ej.: por ser parte el estado (la "nación") o por razón de la materia federal—.

68. — Queda claro, entonces, que hay *dos* causas en que, pese a ser parte una provincia, es *improcedente* su agregación a las únicas cuatro antes citadas. Esas dos son:

a) Entre "una provincia y el *estado federal*" (la "nación"), que son de jurisdicción federal porque es parte el *estado* (y no porque lo sea una provincia) (y a nuestro criterio, no son de competencia originaria de la Corte);

b) Entre "una provincia y *sus vecinos*" (que no son de jurisdicción federal por *razón de personas,* aunque puedan serlo por *razón de materia)* (y en caso de serlo por razón de materia, tampoco son de competencia originaria de la Corte).

Remitimos al cap. XLIX, nºs. 12 y 16.

69. — Cuando una causa en que es parte una provincia corresponde a la competencia originaria y exclusiva de la Corte por el art. 117, el derecho judicial exige inexorablemente que la *provincia sea "parte" en sentido nominal y en sentido sustancial.* Este requisito será analizado en oportunidad de desarrollar el art. 117. (Ver cap. XLIX, nº 17).

Qué significa "causa que se suscite entre..." y "contra...", y el problema de las causas penales

70. — Las expresiones "causas que se susciten *entre...*" y *"contra..."* sólo tienen, a nuestro criterio interpretativo, el sentido de presuponer la *bilateralidad de partes* que intervienen en el proceso con pretensiones distintas u opuestas. Eso, y únicamente eso.

Remitimos a los nºs. 12 a 14, y 60.

71. — El problema se suscita cuando se encara la posibilidad de una *causa*

penal, como ha ocurrido en el caso de una provincia que dedujo querella penal contra personas presuntamente autoras de defraudación en su perjuicio (autos "Provincia de Salta c/Wollner y otros"), fallo en el que, con fecha 8 de octubre de 1968, la Corte consideró que la provincia querellante no resultaba dueña de la acción penal pública y, por ende, no acreditaba el requisito de ser *parte "sustancial"* (sino eventual) en el proceso penal, razón por la cual la causa no era de su competencia originaria (el dictamen del entonces Procurador General, doctor Eduardo H. Marquardt, sostuvo la posición contraria).

72. — La conclusión que personalmente extraemos para la competencia originaria de la Corte en causas *penales* en alguno de los cuatro supuestos del art. 116, es la siguiente: como principio, *se excluyen* de aquella competencia, porque lo normal es que la provincia no resulte en ellas parte "nominal" y "sustancial" a la vez; pero si, acaso, esa doble condición se cumple, y la otra parte es alguna de las que, por litigar con una provincia, provocan la competencia originaria de la Corte, tal competencia procede excepcionalmente no obstante tratarse de un proceso penal (sin que importe la naturaleza federal o común del delito, porque aquí tampoco hay que introducir la "materia").

Por ende, salvo esa rara y excepcional configuración de una causa penal que resulta propia de la competencia originaria de la Corte, se puede enunciar *el principio de que, normalmente, las causas penales no le corresponden.*

De ahí, si por oposición a causa "penal" llamamos a las causas "*no* penales" *causas "civiles"*, se deriva como aceptable la pauta de que las cuatro causas "entre..." y "contra..." del art. 116 deben ser *causas civiles* en las que una *provincia* —como actora o como demandada— sea parte con carácter *nominal* y *sustancial.*

El alcance de "causa civil"

73. — *Causa civil* —dijo la Corte en su primitiva jurisprudencia— es la que surge de estipulación o contrato. Más adelante, amplió el concepto y el contenido, para involucrar las causas que, ajenas por su origen a estipulación o contrato, están *regidas por el derecho común* o *privado.*

El derecho judicial de la Corte también tiene dicho que no es causa civil aquélla en que a pesar de pretenderse restituciones, compensaciones o indemnización de carácter civil, se tiende al examen y revisión de actos administrativos, legislativos o judiciales *de las provincias,* en los cuales éstas han procedido dentro de sus competencias propias.

Así enmarcado el perfil jurisprudencial de la "causa civil", es bueno saber que, por exclusión, *no* son tales las que se refieren a: a) *derecho público provincial;* b) *derecho provincial* de cualquier otra

índole; b') actos de imperio, o legislativos, o administrativos, o judiciales de las *provincias,* que se derivan de la autonomía provincial; c) las ya explicadas causas *penales.*

La exclusión de estas causas por razón de "materia", que se sustraen al grupo de las cuatro causas en que la jurisdicción federal (y la competencia originaria de la Corte) surge en los arts. 116 y 117 por razón de "personas" (o partes) implica, para nosotros, una retracción indebida e *inconstitucional,* como en seguida lo explicaremos en el nº 75.

La "materia" de las causas en que es parte una provincia

74. — Hecha esta acotación, volvemos a la jurisdicción federal por razón de "personas" —en nuestro caso, por ser parte una provincia— y la relacionamos con la jurisdicción federal por razón de la "materia", tal como surge de la ley y del derecho judicial.

a) Entre *dos o más provincias,* no interesa la *materia* de la causa, ya que el art. 127 obliga a someter las quejas entre ellas a la Corte, cualquiera sea su índole (excepto las que versan sobre fijación de límites, que incumben al congreso —art. 75 inc. 15—).

b) Entre una *provincia y vecinos de otra.* Acá ya no caben todos los asuntos, sino sólo las causas "civiles", y cualquier otra de las que, por razón de *materia,* surten la jurisdicción federal.

c) Entre una *provincia* y un *estado extranjero,* tampoco interesa la *materia.*

d) Entre una *provincia* y un *ciudadano extranjero,* ídem al inc. b).

75. — Nuestra crítica es la siguiente: cuando por ley y/o por derecho judicial se exige una determinada "materia" de la causa ("civil") en algunas de las cuatro causas anteriores en que es parte una provincia, y en caso de tratarse de *otra* materia distinta (por ej., derecho provincial) la causa se excluye de la competencia originaria de la Corte estamos ciertos de que se configura *inconstitucionalidad,* por las siguientes razones:

a) Como en estas cuatro causas se trata de *competencia por razón de "personas",* no hay que introducir ni mezclar la "materia" de la causa (o el derecho que la rige);

b) Como estas cuatro causas son de competencia originaria y exclusiva de la Corte, esa competencia no puede ampliarse ni dismi-

nuirse (ni por ley ni por jurisprudencia de la Corte), toda reglamentación y todo derecho judicial que la alteran en virtud de la "materia" frustran lo dispuesto en los arts. 116 y 117.

En suma, la competencia originaria de la Corte por razón de "personas" (partes) siempre es constitucionalmente insusceptible de condicionarse por la índole de la "materia" de la causa.

76. — La doctrina y la jurisprudencia que dejan fuera de las "causas civiles" a las regidas por el *derecho provincial*, alegan a su favor que la jurisdicción federal debe coordinarse con el principio de *autonomía provincial*, en virtud del cual son los tribunales provinciales los que deben conocer y decidir de las causas regidas por el derecho local.

El argumento no nos convence, porque precisamente si los arts. 116 y 117 abren un tipo de jurisdicción federal *por razón de "personas"* sin referirse para nada a la "materia", ha de entenderse que, en todo caso, excepcionan el principio que la doctrina y la jurisprudencia pretenden inferir de la autonomía provincial.

Las cuestiones de límites interprovinciales

77. — Se admite pacíficamente que hay una cuestión *entre provincias* que no puede llevarse a juicio, o sea que *no es justiciable*, y se configura cuando la controversia interprovincial requiere que *se "fijen" los límites entre provincias.*

Ello es así porque la *fijación* de tales límites está exclusivamente encomendada al congreso por el art. 75 inc. 15, de forma que si dos o más provincias discuten entre sí los límites interprovinciales que no están "ya" fijados por el congreso, el diferendo no puede ser resuelto judicialmente. Por ende, en tal supuesto se excepciona la jurisdicción que el art. 127 le atribuye a la Corte para dirimir las "quejas" entre provincias y la competencia que el art. 117 le otorga para decidir las causas entre dos o más provincias.

Por excepción, la Corte ha actuado como árbitro en cuestiones de límites pendientes.

Ahora bien, cuando la causa entre provincias, a pesar de referirse a una cuestión de límites, *no requiere fijarlos o modificarlos*, sino solamente juzgar relaciones derivadas de los límites ya legalmente establecidos por el congreso, la competencia de la Corte es plena. Asimismo, el hecho de no estar fijados todavía los límites no impide la judiciabilidad de cuestiones vinculadas con la zona fronteriza litigiosa, que no requieren "fijación" de límites (por ej., un juicio de mensura de un inmueble situado en esa zona).

Remitimos al cap. XXXIV, nos 69 y 70.

La jurisdicción "dirimente" de la Corte en las quejas entre provincias

78. — Se denomina jurisdicción dirimente de la Corte la que ejerce en virtud del art. 127 de la constitución cuando las provincias le someten las "quejas" que tienen entre sí.

Remitimos al Tomo I, cap. VIII, nº 20 b, y 21.

El concepto de "vecindad" a los efectos del art. 116

79. — El art. 116 establece la jurisdicción federal para las causas que se suscitan:

a) entre *"vecinos" de diferentes provincias;*

b) entre *"vecinos" de una provincia y un estado extranjero;*

c) entre *"vecinos" de una provincia y un ciudadano extranjero;*

d) entre *una provincia y "vecinos de otra".*

Nuestro texto constitucional se ha apartado de su modelo norteamericano, donde se emplea el término "ciudadano" en vez de vecino. En buena parte de la doctrina, así como en el derecho judicial, se interpreta que *la "vecindad" distinta atañe sólo a los nacionales (argentinos), y no a los extranjeros.*

Sin embargo, cuando el decreto-ley 1285/58 regula la competencia originaria y exclusiva de la Corte en su art. 24 inc. 1º, parece haber abandonado el criterio de que la distinta vecindad se refiere sólo a la de los nacionales. En efecto, en la norma citada se define que a los efectos de la competencia originaria y exclusiva de la Corte en las causas entre una provincia y algún vecino o vecinos de otras se considerarán vecinos "las personas física domiciliadas en el país desde dos o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad" (es decir, comprendiendo también a los extranjeros). Pero puede interpretarse que esta definición —hecha según el propio texto, a los efectos de la competencia originaria y exclusiva de la Corte— no ha derogado el concepto jurisprudencial anterior para los casos en que la jurisdicción federal por distinta vecindad corresponde a los tribunales federales inferiores.

La "vecindad" de los extranjeros

80. — Nos queda un supuesto que literalmente no figura en el art. 116 y que se configura cuando en una causa *litigan ciudadanos extranjeros entre sí.* Conforme al derecho judicial de la Corte, las causas entre extranjeros no surten jurisdicción federal en lo que atañe a la distinta vecindad de aquéllos.

Vamos a desdoblar la hipótesis: a) causa entre *extranjeros que son vecinos de una misma provincia;* b) causa entre *extranjeros que son vecinos de distintas*

provincias. En el primer caso, juzgamos que si la misma vecindad provincial de partes argentinas contrarias no suscita jurisdicción federal, tampoco debe surtirla la de partes extranjeras contrarias. En el segundo caso, se puede pensar que si la distinta vecindad provincial de partes argentinas contrarias requiere la jurisdicción federal, tiene bastante fundamento la tesis que sugiere la necesidad de la jurisdicción federal también cuando la distinta vecindad provincial atañe a partes extranjeras que litigan entre sí (por ej., un extranjero vecino de la provincia de Córdoba con un extranjero que es vecino de la provincia de Santa Fe).

La reglamentación de la vecindad

81. — La distinta vecindad a los efectos de la jurisdicción federal es susceptible de regulación legal *razonable*. Queremos decir que la ley puede establecer qué requisitos debe reunir una persona para que, a efectos de aquella jurisdicción, se la tenga como "vecino" de una provincia.

Estimamos razonable equiparar la ciudad autónoma de Buenos Aires a una provincia a efectos de la distinta vecindad (vecino de la ciudad con vecino de una provincia), sea por ley o por derecho judicial.

82. — La ley y el derecho judicial deben también por eso contemplar razonablemente —y lo han hecho— la vecindad de las *personas "no físicas"* (llámenselas personas jurídicas, o de existencia ideal, o corporaciones, etc.). Ya Joaquín V. González enseñaba que las *municipalidades* y demás *corporaciones* como personas jurídicas quedaban comprendidas en el término "vecinos". Involucramos a dichas personas jurídicas tanto cuando lo son de derecho público (estatal o no), como en caso de serlo de derecho privado.

La reglamentación de la vecindad de estas entidades debe ser razonable.

La prórroga de la jurisdicción

83. — La jurisdicción federal por razón "de partes" es prorrogable, de forma que el principio cubre los supuestos en que tal jurisdicción se depara por vecindad distinta.

Las causas en que es parte un ciudadano extranjero

84. — Son también de jurisdicción federal las causas en que son parte una provincia o sus vecinos con *un ciudadano extranjero*.

Se reputa tal no sólo al habitante extranjero, sino también a quien, sin ser habitante ni tener domicilio en territorio argentino, litiga ante sus tribunales.

La extranjería debe probarse.

De la última parte del art. 116 surge que las causas posibles en que es parte un ciudadano extranjero se suscitan entre: a) una *provincia* y un *ciudadano extranjero* (ver cap. XLIX, nº 16 a'); b) *vecinos de una provincia* y un *ciudadano extranjero* (cualquiera sea la vecindad de éste). Podemos añadir: c) el *estado* (federal) y un *ciudadano extranjero* (caso en el que la jurisdicción federal surge por ser parte el estado).

Queda pendiente: d) un estado extranjero y un ciudadano extranjero, a la que nos referiremos más adelante (ver nº 91).

La condición de "aforadas" que deben revestir las partes

85. — Como a la jurisdicción federal se le llama también "fuero" federal, el adjetivo "aforada" se refiere y aplica a las partes (o personas) a quienes la constitución les depara el fuero federal, o sea, les da acceso a la jurisdicción federal cuando la competencia depende de las *partes* (por razón de personas), y cuando hay que encarar la nacionalidad o la vecindad de las mismas. Así, por ejemplo:

a) No es aforada la persona —física o jurídica— que se ha avecindado circunstancialmente, o sólo con miras a promover juicio en jurisdicción federal, o de manera ficticia;

b) A los efectos del fuero federal por *extranjería* (nacionalidad) o por *vecindad*, debe probarse por quien lo alega la nacionalidad extranjera o el domicilio, respectivamente.

c) A los efectos del fuero federal para las *personas jurídicas*, cuando tienen establecimientos o sucursales en distintas provincias, la vecindad se individualiza por el establecimiento local en que la sociedad actúa, pero sólo para los juicios vinculados a él;

d) no debe reputarse aforada por extranjería a la persona que, siendo extranjera, ha obtenido *nacionalidad argentina por naturalización*. En cambio, entendemos que es aforado (por distinta vecindad) el argentino *naturalizado extranjero* al que nuestro derecho no le reconoce la extranjería adquirida;

e) El cónyuge argentino casado con cónyuge extranjero no merece ser aforado en virtud de la extranjería del otro, porque el matrimonio no confiere ninguna nacionalidad distinta a la propia de cada uno a los efectos del fuero federal.

Las causas en que es parte un estado extranjero

La justiciabilidad de los estados extranjeros

86. — Por lo expuesto en el cap. XLV, nºs. 55 y 56 podemos decir que, actualmente, en el derecho argentino se acepta:

a) La *judiciabilidad de un estado extranjero* ante nuestros tribunales, a condición de que

b) dicho estado *la consienta,* expresa o tácitamente (ver nº 88); pero

c) si no la consiente y el acto por el cual se pretende someterlo a juicio no tiene naturaleza de acto del poder público (iure imperii), la judiciabilidad procede directamente.

87. — La inmunidad de jurisdicción que nuestro derecho admite respecto de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos no viola el derecho a la jurisdicción que nuestra constitución acuerda a los justiciables cuando queda expedito el acceso a la jurisdicción ante los tribunales locales del estado extranjero que declina su justiciabilidad ante los nuestros.

Cuando un estado extranjero no admite su juzgamiento ante tribunales argentinos, y quien pretende demandarlo tampoco puede hacerlo ante los propios tribunales de ese país extranjero, se consuma una situación de *privación de justicia* que resulta doblemente *violatoria* de: a) nuestra *constitución* en el derecho interno, y b) el *derecho internacional* en su ámbito.

88. — La judiciabilidad de un estado extranjero ante nuestros tribunales exige, cuando se trata de *actos de poder público* (iure imperii), que el acatamiento de la jurisdicción argentina sea expresado por el *gobierno* de ese estado extranjero a través de su agente diplomático.

Tal inmunidad de jurisdicción del estado extranjero quedó condicionada —para el respeto que le debe el nuestro— a la necesidad de *trato recíproco* por el estado extranjero (decreto-ley 9015, incorporado por ley 21.708 al art. 24 del decreto-ley 1285/58).

89. — En el caso "Manauta", de 1994, la Corte añadió un distingo: a) para hacer justiciable a un estado extranjero por "actos de *imperio*" hace falta que ese estado *consienta* la jurisdicción de los tribunales argentinos; b) si se trata de actos que no son de imperio ("iure gestionis") ese consentimiento *no hace falta* (ver cap. XLV, nº 56).

Los casos posibles

90. — El art. 116 prevé expresamente la *jurisdicción federal* cuando es parte un estado extranjero para los casos que se susciten:

a) entre *una provincia y un estado extranjero;*

b) vecinos de una provincia y un estado extranjero, sin que importe cuál de ambos es parte actora o parte demandada.

Implícitamente, como los asuntos en que nuestro estado (la "nación") es parte, también provocan la jurisdicción federal, podemos incluir como inciso c): los asuntos en que es parte *el estado argentino con un estado extranjero.*

De estas causas, la primera (inc. a) "entre una provincia y un estado extranjero" es de competencia *originaria y exclusiva* de la Corte Suprema por el art. 117, de donde la jurisdicción federal no es prorrogable, ni susceptible de alteración.

Las otras dos van originariamente a la primera instancia federal, y por ello la jurisdicción federal puede ser regulada por ley, o prorrogada por las partes (salvo que la causa verse sobre puntos regidos por la constitución, las leyes o los tratados internacionales).

91. — Queda la hipótesis de otro caso posible en que sea parte un estado extranjero, cuando: d) la causa se suscita entre *un estado extranjero y un ciudadano extranjero.*

Las causas entre un *ciudadano extranjero* y un *estado extranjero* no están previstas en el art. 116 como de jurisdicción federal. Sin embargo, como aquí no se trata de competencia originaria de la Corte (insusceptible de ampliación o disminución legal), creemos que la ley o la interpretación judicial pueden conducir a la seria conclusión de que tales causas pertenecen también a la jurisdicción federal, máxime si se atiende a la posible diferente extranjería de las partes mencionadas.

Las causas en que es parte un organismo internacional

92. — Los organismos o entes internacionales con personalidad internacional deben asimilarse a los estados extranjeros a efectos de suscitar la jurisdicción federal cuando litigan en nuestro estado, y si están investidos de inmunidad de jurisdicción debe reconocérseles la exención, de modo análogo a como se les reconoce a los estados extranjeros y a los diplomáticos extranjeros.

No obstante, si la inmunidad de jurisdicción de los organismos internacionales fuera *absoluta* (o sea, si no pudiera hacérselos justiciables en ningún estado ni ante ningún tribunal) habría que decir que tal inmunidad resulta *inconstitucional* por violar el derecho a la jurisdicción (interno) y que, simultáneamente, queda transgredido el "ius cogens" (internacionalmente), lo que derivaría a allanar la inmunidad inválida sin necesidad de consentimiento y a hacer justiciable al organismo exento por parte de los tribunales argentinos (ver para esto último lo que decimos al tratar la privación de justicia en el capítulo XLV, nº 57).

VII. LAS CAUSAS CRIMINALES

Su concepto

93. — Nos resta decir algo sobre la competencia de la justicia federal en causas *penales*. Ella puede surgir: a) en razón de materia (federal) por la naturaleza (federal) del hecho criminoso; b) en razón del *lugar* donde se ha cometido; c) en razón de *materia* y de *persona*, por la naturaleza del hecho y la calidad del autor.

La competencia en materia penal o criminal no está prevista expresamente en el art. 116 de la constitución. Como primera aclaración conviene resaltar que una causa penal nunca suscita jurisdicción federal por razón exclusiva de las "personas" a quienes se imputa el delito, o que pueden resultar víctimas de él, salvo que se trate de causas criminales concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros (porque las causas concernientes a ellos siempre son de competencia originaria y exclusiva de la Corte en razón de las "personas" y con prescindencia de la "materia").

94. — En "razón de *materia* y de *personas*" (por naturaleza del hecho y la calidad del autor, simultáneamente), la jurisprudencia ha considerado propios de la jurisdicción federal los delitos de abuso de autoridad, violación de deberes del funcionario público, cohecho, malversación de caudales, etc., siempre que quien los cometa sea funcionario público del gobierno federal (aunque su actuación se desarrolle en territorio de provincia), o funcionario provincial que actúe por orden de autoridad federal. Asimismo, la responsabilidad penal de los interventores federales a raíz de actos cumplidos en ejercicio o con motivo de sus funciones, suscita competencia de la justicia federal en los juicios en que se discute; por analogía, ese principio del derecho judicial ha sido extendido por la Corte a los "gobernadores" designados con este título por el poder ejecutivo de facto para desempeñarse a su nombre como autoridades provinciales.

95. — La competencia en materia penal "por razón el *lugar*" exige que, después de la reforma de 1994, se tome en cuenta el *inc. 30 del art. 75*. En los "establecimientos de utilidad nacional" en el territorio de provincias la jurisdicción federal sólo subsiste para evitar que los poderes locales interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de tales establecimientos. Por ende, los delitos sólo son judiciables por tribunales federales "por razón del lugar" cuando la conducta incriminada guarda relación suficientemente razonable con el fin federal de ese lugar.

Para los delitos cometidos en la *ciudad de Buenos Aires* mientras sea capital entendemos que por no ser ya un territorio federalizado debe tomarse en consideración lo que decimos en el cap. XLII, acápite VII.

Por ende, y de alguna manera, sugerimos que actualmente la jurisdicción federal "por razón del *lugar*" se mezcla en las causas criminales con la *"materia"*,

porque los delitos caen bajo aquella jurisdicción sólo cuando dañan *bienes* o *intereses federales.*

96. — Del art. 118 de la constitución, que prescribe la radicación de los juicios criminales ordinarios en la provincia donde se hubieran cometido, se desprende el principio de *improrrogabilidad territorial* de la competencia en materia penal. (Ver Tomo II, cap. XXIV, nº 41).

VIII. LAS CAUSAS POR RAZON DEL LUGAR

Su concepto

97. — El art. 116 no contiene referencia explícita alguna a la jurisdicción federal por razón del lugar. No obstante ese silencio, tal jurisdicción existe.

En torno de ella cabe una breve formulación:

a) *Los tribunales federales se hallan dispersos en todo el territorio del estado,* y tienen asignada por ley una competencia *territorial,* lo que equivale a decir que la jurisdicción que ejercen en las causas sometidas a ellos está geográficamente demarcada por un perímetro territorial que, incluso, puede prescindir de los límites provinciales y abarcar más de una provincia.

b) Por lo que dijimos en relación con las *causas criminales,* su adjudicación a los tribunales federales ofrece aspectos vinculados al lugar de comisión del delito, lo que presenta cierto matiz de territorialidad.

c) Bien que la jurisdicción en las *causas de almirantazgo y jurisdicción marítima* debe considerarse federal por razón de materia, conviene visualizarla, de modo análogo a lo dicho en el anterior inc. b), parcialmente vinculada al *lugar* en virtud de las alusiones al mar, a los ríos, a los puertos, etc. Lo mismo la jurisdicción en materia de *derecho aeronáutico.*

d) Por último, *los lugares del art. 75 inc. 30 de la constitución* guardan relación con la jurisdicción federal por razón del lugar. (Para esto, remitimos al Tomo I, cap. VIII, acápite VI).

IX. LAS CAUSAS SUPRIMIDAS EN 1860

El texto originario de 1853 y el de 1860

98. — En el texto originario de 1853, el artículo que después de la reforma de 1860 llevó número 100 (y entonces era el 97) contenía algunos asuntos y causas como propios de la jurisdicción federal, que fueron suprimidos en la mencionada enmienda.

Eran los siguientes:

a) los "recursos de fuerza" (que eran apelaciones contra resoluciones y procedimientos de los tribunales eclesiásticos);

b) los "conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia";

c) las causas que se suscitaren "entre una provincia y sus propios vecinos".

Aun cuando sea cierto que los conflictos entre poderes públicos de una provincia no provocan —en cuanto conflictos de competencia provinciales— la jurisdicción federal, adherimos a la doctrina que sostiene que sí la provocan si de alguna manera originan distorsiones violatorias del sistema republicano o repercuten en lesión a derechos personales.

Un caso con algún parentesco y proximidad respecto de este tema fue resuelto por la Corte en su fallo del 4 de octubre de 1994 en autos "Seco Luis A. y otros" referido a una situación en la provincia de Catamarca.

X. LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La división en instancia "originaria" e instancia "apelada"

99. — La jurisdicción federal estipulada en el art. 116 determina globalmente las causas y los asuntos que, en términos *generales*, son de jurisdicción de los tribunales federales, sin dividir instancias ni competencias.

La constitución *sólo especifica* luego —en el art. 117— los casos en que esa competencia es *originaria y exclusiva* de la Corte Suprema de Justicia. Y el propio art. 117 aclara que, salvo "estos casos", en todos los demás el congreso puede establecer las "reglas y excepciones" que regirán la *jurisdicción "apelada" de la Corte.*

De ello surge que se prevén dos clases de instancias para la Corte: a) *originaria y exclusiva,* en la que conoce como *tribunal de instancia única;* b) *apelada,* en la que conoce causas que le llegan de un tribunal inferior, donde han sido juzgadas (a veces en más de una instancia, e inclusive por tribunales provinciales, o por tribunales ajenos al poder judicial, como los militares y los administrativos).

100. — En instancia de *apelación,* la Corte ejerce actualmente su competencia de acuerdo con una subdivisión: a) por vía *ordinaria* y b) por *vía extraordinaria.* Esta última es la que encarrila el *recurso extraordinario.*

La jurisdicción apelada de la Corte

101. — Es bueno transcribir el art. 117 en su primera parte. El

texto dice, a continuación de la enumeración de causas federales del art. 100:

"En estos casos (los del 116) la *Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el congreso;* pero..." (y aquí aparece la jurisdicción originaria y exclusiva).

De esta breve fórmula inferimos:

a) Que las causas en que *resulta competente la Corte en jurisdicción apelada* dependen de lo que establezca *la ley* que dicta el congreso reglamentando esa jurisdicción, de forma que: a') no es imposición constitucional que "todas" las causas del art. 116 puedan acceder en apelación a la Corte; pero a") estando previsto en la constitución que *debe existir la jurisdicción apelada de la Corte,* "algunas" de esas causas han de poder llegar a tal jurisdicción, a criterio de la ley del congreso;

b) Que por lo dicho, la jurisdicción apelada de la Corte puede ser mayor o menor, según lo disponga la ley del congreso con "reglas y excepciones";

c) Que esa jurisdicción *no es totalmente suprimible,* de forma que sería inconstitucional su inexistencia y la ley del congreso que eliminara en forma absoluta la jurisdicción apelada de la Corte (ver nº 15 d y e);

d) Que la primera parte del art. 116, en cuanto prescribe que son de jurisdicción federal *"todas las causas que versan sobre puntos regidos por la constitución, las leyes del congreso —excepto las de derecho común— y los tratados internacionales,* obliga a que tales causas puedan llegar por lo menos una vez en última instancia a jurisdicción federal apelada (si es que inicialmente no se radican en jurisdicción federal), pero de ninguna manera significa que necesariamente esa jurisdicción federal apelada deba abrirse ante la Corte, pudiendo la ley del congreso optar porque: d') *se abra ante la Corte,* o d") *se abra ante un tribunal federal inferior a ella.*

Los diversos casos legales de acceso a la Corte

102. — La ley ha regulado, dentro de su margen elástico, los diversos supuestos de acceso a la Corte que son ajenos a su jurisdicción originaria, entre los que citamos las vías recursivas en: a) causas en que el *estado es parte* (de acuerdo al monto); b) causas de *extradición de criminales;* c) causas de *jurisdicción marítima;* d) supuestos de *revisión, aclaratoria, y queja* (por retardo de

justicia); d') supuestos de *apelación denegada;* e) *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; f) casos en que debe decidir sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una *efectiva privación de justicia;* g) la vía *extraordinaria* de apelación consistente en el clásico recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48, que se llama también "remedio federal".

103. — Los *conflictos de poderes* en sentido estricto no tienen previsión específica, pero cuando excepcionalmente la Corte ha entendido que un tribunal judicial ha "invadido" la zona reservada a otro poder del estado, ha tomado intervención en el caso con salteamiento de instancias procesales intermedias (caso "Unión Obrera Metalúrgica", de 1996, que citamos en el nº 118).

Los poderes "implícitos" de la Corte Suprema

104. — El derecho judicial emanado de la jurisprudencia de la Corte sostiene que el tribunal tiene, como órgano supremo del poder judicial y cabeza de uno de los poderes del estado, *poderes implícitos* que le son connaturales e irrenunciables para salvaguardar la eficacia de la administración de justicia.

La interpretación, el uso y la aplicación de estos poderes implícitos depende de la prudencia razonable del propio tribunal en cada caso.

La Corte y el artículo 113 de la constitución

105. — El art. 113 le atribuye a la Corte la facultad de dictar su *reglamento interior.*

Con la creación del Consejo de la Magistratura, el actual "poder reglamentario" amplio que antes ejercía la Corte en función de "superintendencia" y, en lo referente a "lo procesal" más bien sobre la base de sus poderes implícitos, ha decaído en mucho y suscita numerosas dudas en la doctrina (ver cap. XLIV, nºs. 14 a 17).

La jurisdicción discrecional de la Corte

106. — Ha quedado claro que la jurisdicción de la Corte es una jurisdicción *reglada* (por la constitución y por la ley), y que no existe una jurisdicción de equidad.

Con ambos presupuestos, hay que dar por cierto al día de hoy que —no obstante el marco dentro del cual ejerce su función judiciaria— la jurisdicción de la Corte ha ido cobrando perfiles de *discrecionalidad.*

Jurisdicción "discrecional" no significa que la Corte la ejerza a su puro arbitrio voluntarista. Más bien quiere decir que en las causas que son de su competencia, ella misma dispone de un margen que, habilitado por la ley o por

su propia interpretación constitucional, le permite seleccionar las causas a decidir y las causas cuya decisión declina.

107. — No es totalmente exacto afirmar que el afianzamiento de la jurisdicción discrecional ha tenido como único norte el propósito de aliviar cuantitativamente la carga de causas que llegan a la Corte para su conocimiento y resolución. A la inversa, muchos casos asumidos por ella le han reportado un incremento de trabajo.

108. — Si hubiéramos de esbozar cuáles han sido los cauces a través de los cuales cobró perfil la jurisdicción discrecional de la Corte, citaríamos ejemplificativamente:

a) la *doctrina de las cuestiones políticas no judiciables,* con cuya aplicación ha retraído el control judicial de constitucionalidad en los asuntos que, con ciertas variaciones, incluyó en el listado ajeno a su competencia;

b) la *doctrina de las competencias que, por considerar atribuidas en su decisión final y definitiva a los órganos políticos,* ha reputado extrañas a su decisión judicial (ver, para el enjuiciamiento político, cap. XXXVI, nos. 27/28);

c) la *doctrina de la arbitrariedad de sentencias,* con la que a partir de 1909 incorporó en las causales habilitantes del recurso extraordinario la de sentencias arbitrarias, incluso para abrir su jurisdicción en causas regidas por derecho común o derecho provincial;

d) la *doctrina de la gravedad institucional* (bajo esa denominación o sus equivalentes de trascendencia institucional, interés institucional, trascendencia constitucional), en cuya aplicación —sobre todo a partir de 1960— hizo procedente el recurso extraordinario, sea aliviando requisitos formales de admisibilidad, sea llegando a crear una causal independiente al margen de toda cuestión federal como sustitutiva de ésta;

e) la *aceptación excepcional del "per saltum"* para avocarse a la decisión de causas con salteamiento de instancias intermedias (ver acápite XII).

f) el *empleo del "certiorari"* a partir de la reforma al art. 280 del código procesal en 1990, tanto para rechazar a su "sana discreción" el recurso extraordinario como, a la inversa, para seleccionar los casos que consideró requeridos de su jurisdicción extraordinaria;

g) a lo mejor, no fuera osado aseverar que también la invocación

y el empleo de sus *poderes implícitos* le ha servido a la Corte para disponer discrecionalmente de su jurisdicción.

109. — Para comprender por qué los ejemplos dados en el nº 108 han coadyuvado a la jurisdicción discrecional de la Corte, es útil añadir que conceptos como "cuestiones políticas", "sentencia arbitraria", "gravedad institucional", "poderes implícitos", así como la elaboración y la praxis del "per saltum" y el "certiorari", remiten a pautas muy abiertas, elásticas e indeterminadas, con buena carga de ambigüedades.

110. — No juzgamos disvaliosa en sí misma esta jurisdicción discrecional, pero tampoco la englobamos en una valoración uniforme, porque cada caso a la que se aplica exige particularizar el juicio axiológico y constitucional conforme a las circunstancias concretas.

Lo que sí podemos generalizar es otra apreciación: hay tendencia suficientemente difundida en el mundo de fin de siglo a conciliar dos cosas: por un lado, facilitar y ampliar en los tribunales de las instancias inferiores el acceso a la justicia eficaz; por el otro, limitar en las instancias superiores el acceso de causas judiciales para circunscribirlo a las de fuerte relevancia y proyección institucionales.

De ser así, volvemos a sugerir que muchas de las causas que actualmente disponen de posible recurso ante la Corte bien podrían distribuirse por ley en tribunales federales especiales, como es el supuesto de la casación federal.

XI. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y LA JURISDICCION SUPRAESTATAL

La definitividad de las sentencias de la Corte y su irrevisabilidad

111. — No dudamos de que las sentencias de nuestra Corte son *definitivas*, y de que la Corte es "Suprema" en cuanto cabeza de nuestro poder judicial. Pero en seguida hemos de aclarar que ello es así *en jurisdicción interna.*

Esta afirmación vale para no suponer algunas cosas que parte de nuestra doctrina sostiene, y con la que discrepamos totalmente. Personalmente decimos: a) no se desvirtúa ni transgrede la definitividad de las sentencias de la Corte ni su carácter de "Suprema" por el hecho de que en virtud de tratados internacionales (concretamente, el Pacto de San José de Costa Rica), se abra el acceso a la jurisdicción

supraestatal de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos denunciando violaciones que se imputan al estado argentino; b) en tal supuesto, no es correcto decir que los órganos supraestatales "revisan" las sentencias de nuestra Corte; c) tampoco lo es aseverar que son las sentencias dictadas en la última instancia interna las que se "impugnan" ante la jurisdicción supraestatal.

112. — En suma, la instancia supraestatal, bien que normalmente requiere haber agotado previamente las vías judiciales existentes en jurisdicción interna del estado y, por ende, también normalmente que haya recaído sentencia de nuestra Corte, *no implica una revisión de la sentencia argentina*,

A la jurisdicción supraestatal no le interesa que la violación a derechos del Pacto sea —en nuestro derecho interno— constitucional o inconstitucional; lo que verifica es si nuestro estado incurrió, por acción u omisión, en incumplimiento del Pacto y en responsabilidad internacional. Por ello, la *Corte Interamericana no es una instancia más que prolongue las internas, ni tampoco actúa como alzada del tribunal argentino* cuya sentencia agotó las vías internas; *la jurisdicción supraestatal no se provoca mediante recurso contra la sentencia argentina*, sino que es una *nueva instancia independiente*.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista no corresponde sostener que las sentencias de la Corte Suprema quedan eventualmente sujetas a la jurisdicción supraestatal del Pacto de San José de Costa Rica.

Ver el cap. LI.

XII. EL "PER SALTUM" EN LA JUSTICIA FEDERAL

Su concepto

113. — "Per saltum" (o "by pass") significa procesalmente salteamiento de instancias en un proceso. En otros términos, significa alcanzar la instancia última de la Corte Suprema sin haber recorrido todas las inferiores a ella que, para cada proceso, están previstas en las leyes de procedimiento aplicables a él.

Tal forma de abreviar las etapas y la duración del proceso es siempre reputada *excepcional*, porque responde a situaciones de *urgencia* y *gravedad institucional* de alta intensidad en la causa en que el salteamiento se produce.

Al certiorari se le llama "by pass" porque hace de puente hacia la Corte desde el tribunal cuya decisión llega a ella con salteamiento de instancias intermedias.

La jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso "Dromi"

114. — El leading case del "per saltum" es el fallo de la Corte Suprema del 6 de setiembre de 1990 en el caso "Dromi José R., ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación, s/avocación en autos: Fontela Moisés E. c/ Estado Nacional", que versaba sobre el trámite de licitación para privatizar la empresa Aerolíneas Argentinas.

El diputado Fontela había promovido en 1ª instancia un amparo contra esa licitación, y ya con fecha 13 de julio del mismo año 1990 la Corte había resuelto suspender los efectos de la sentencia que había acogido aquella pretensión. El ministro de Obras y Servicios Públicos había requerido la avocación de la Corte mediante presentación directa ante ella, efectuada antes del decisorio de 1ª instancia; y una vez dictado éste, reiteró su petición mediante un recurso de apelación.

Este segundo reclamo fue el que originó la resolución de la Corte del 13 de julio suspendiendo los efectos de la sentencia de 1ª instancia.

115. — En la sentencia del 6 de setiembre intervinieron solamente siete jueces de la Corte; uno de ellos —el doctor Fayt— votó en disidencia, con la que para nosotros es la doctrina constitucional ortodoxa: el "per saltum" no puede prosperar sin ley que lo prevea y reglamente. De los seis que compusieron la mayoría, un grupo de cuatro perfiló el "per saltum" y lo acogió; otros dos —los doctores Nazareno y Moliné O'Connor— sostuvieron que la intervención de la Corte en el caso no venía incitada por un "per saltum", ni siquiera articulado como modalidad atípica del recurso extraordinario, sino por otra razón distinta, cual era un virtual *conflicto* suscitado por la indebida intervención del juzgado de 1ª instancia en una causa que se hallaba claramente fuera de toda potestad judicial y que, al haber sido resuelta, significó un apartamiento abierto de la competencia del poder judicial, y alteró el equilibrio de funciones inherente a la forma republicana de gobierno.

116. — El diseño que inferimos del voto cuatripartito que dio curso al "per saltum" se mueve dentro de un parámetro de excepcionalidad y gravedad. En primer lugar, entiende que el "per saltum" *sólo es viable dentro de la jurisdicción de los tribunales federales*, descartando que se pueda aplicar en procesos en trámite ante tribunales provinciales. Recluido en ese marco, el "per saltum" requiere una situación *excepcional*, de suma *gravedad* inequívoca, que exija *definitiva solución* expedita en el caso, y justificación de que el *recurso*

extraordinario sea el único medio eficaz para proteger el derecho federal comprometido en la causa donde el "per saltum" incita la jurisdicción de la Corte.

Conviene recordar que la Corte resolvió el caso ante la interposición del recurso ante ella misma, y no ante el tribunal inferior que había dictado la decisión apelada.

117 — ¿Es exacto que con el caso "Dromi" ha sido creado de esa manera el "per saltum"?

La respuesta depende de cómo se interprete la sentencia. En efecto, dijimos que por decisión mayoritaria de seis jueces la Corte intervino en la causa. Pero como de esos seis jueces cuatro sostuvieron que la intervención se fundaba en un "per saltum" articulado en el circuito del recurso extraordinario, y otros dos dijeron que no se trataba de un "per saltum" a la instancia extraordinaria sino de una intervención de la Corte en un *conflicto de competencias*, es válido sostener que el "per saltum" sólo contó con cuatro votos (sobre un total de nueve jueces que componen el tribunal, bien que dos no intervinieron, y otro votó en disidencia), lo que no acusa la mayoría mínima de cinco votos coincidentes. Con otro enfoque, cabe asimismo aseverar que, aun a falta de esa mayoría adicta al "per saltum", la asunción y decisión de la causa por la Corte implicó realmente salteamiento de instancias.

118. — Después del caso "Dromi" la Corte no admitió el "per saltum" en otras oportunidades, hasta que en 1994 intervino con el perfil de dicha modalidad para impedir la libertad de personas que había sido dispuesta por un juez de 1ª instancia en una causa por contrabando y tráfico de drogas (caso "Reiriz M. y Casal E., s/recurso extraordinario en Alonso Jorge y otros"), y en 1996 en el caso "Unión Obrera Metalúrgica c/Estado Nacional", por estimar que el juez inferior había actuado sin jurisdicción.

Aun cuando en los dos casos citados el encuadre formal no haya sido el del "per saltum", resulta cierto que la Corte asumió la decisión de ambos sin que se agotaran instancias intermedias.

El "per saltum" sin ley: su inconstitucionalidad

119. — Estamos rotundamente convencidos de que *el "per saltum" sin ley del congreso que lo prevea es inconstitucional.*

Puede parecer curioso que después de sostener personalmente muchas veces en casos muy distintos que el activismo de los jueces en aplicación de la constitución los habilita a arbitrar vías procesales sin ley y, a veces, hasta "contra ley", ahora encadenemos el "per saltum" al requisito inexorable de la ley que lo autorice.

Las razones son éstas:

a) una primera, muy genérica, nos recuerda que la jurisdicción apelada de la Corte funciona según las reglas y excepciones que establece el congreso (art. 117);

b) las leyes tienen reglamentadas las instancias procesales de las causas que pueden llegar en último término a la Corte; sin habilitación legal, la Corte no puede abreviar los procesos con salteamiento de esas instancias;

c) una cosa es aliviar excepcionalmente los recaudos propios de la instancia extraordinaria ante la Corte, y otra muy distinta es arrasar etapas establecidas en las leyes procesales, que son de *orden público* indisponible;

d) si existiendo diversidad de instancias la propia Corte afirma que no puede privarse al justiciable del derecho a usarlas y recorrerlas, parece imposible que ella misma, al saltearlas, impida que aquél ejerza ese derecho;

e) en la hipótesis de que sean todos los justiciables intervinientes en un proceso los que resuelvan saltear instancias para arribar "per saltum" a la extraordinaria de la Corte, hay que decir que el derecho que tienen de provocarlas y utilizarlas no incluye el de privar a los tribunales de instancias inferiores a la Corte del ejercicio de su competencia de orden público, que no se halla a disposición del acuerdo de partes para su salteamiento, ni para abreviar el carril de acceso final a la Corte.

En suma, solamente la ley que establece las instancias puede, por paralelismo, admitir las excepciones a su empleo. No la Corte ni las partes.

CAPÍTULO XLIX

LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA ORIGINARIAS Y EXCLUSIVAS DE LA CORTE SUPREMA

I. SU ENCUADRE. - El artículo 117 de la constitución. - El artículo 117 extraído del artículo 116. - Los caracteres de "originaria" y "exclusiva". - *En el art. 117 no interesa la "materia" de la causa.* - *En el art. 117 no interesa que el caso sea contencioso.* - *Los juicios de habeas corpus y amparo.* - La intervención "directa" de la Corte en casos excepcionales que no son procesos judiciales. - El derecho judicial en materia de competencia originaria y exclusiva. - II. LAS CAUSAS EN QUE ES PARTE UNA PROVINCIA. - Su noción. - Las cuatro únicas causas incluidas en el art. 117 por ser parte una provincia. - *El supuesto del art. 127 de la constitución.* - Las causas en que es parte una provincia y que quedan excluidas del art. 117. - Los requisitos para que una provincia sea considerada "parte". - La intervención en juicio de otras partes no aforadas. - El derecho judicial. - III. LAS CAUSAS "CONCERNIENTES" A EMBAJADORES, MINISTRO PÚBLICOS Y CÓNSULES EXTRANJEROS. - La inmunidad diplomática. - La recepción constitucional de los principios del derecho internacional público. - *El alcance de la inmunidad de jurisdicción.* - *La relación entre la inmunidad de jurisdicción y la competencia de la Corte.* - *El acatamiento de la jurisdicción argentina, la renuncia y la duración de la inmunidad de jurisdicción.* - Qué es causa "concerniente". - *Qué personas quedan abarcadas, y qué personas no abarcadas pueden convertir un juicio en causa "concerniente".* - *Los diplomáticos "no extranjeros".* - *Los diplomáticos extranjeros de nacionalidad argentina.* - *Los diplomáticos en tránsito.* - *Los diplomáticos extranjeros acreditados ante organismos internacionales.* - Las demandas contra embajadas extranjeras. - Las causas concernientes a cónsules extranjeros. - IV. LA JURISDICCIÓN ORIGINARIA Y EXCLUSIVA DE LA CORTE EN LA CONSTITUCIÓN MATERIAL.

I. SU ENCUADRE

El artículo 117 de la constitución

1. — Sabido que la Corte Suprema divide su jurisdicción en "originaria" y "apelada", nos toca referirnos a la primera, que aparece regulada en el art. 117 de la constitución.

Después de enunciar en el art. 116 las causas y los asuntos que globalmente corresponden a la jurisdicción federal, dice el 117: *"En estos casos,* la Corte Suprema ejercerá *su jurisdicción por apelación* según las *reglas y excepciones* que prescriba el congreso; *pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".*

Nós hemos permitido subrayar parte del texto para llamar la atención sobre lo siguiente:

a) "en estos casos" quiere decir: en los que globalmente mencionó el anterior artículo 116;

b) "reglas" y "excepciones" quiere decir que en la *jurisdicción apelada* el congreso puede regular, condicionar, y sustraer por ley las causas de conocimiento de la Corte (ver cap. XLVIII, nº 8), pero *sin suprimir totalmente* la jurisdicción apelada (ver cap. XLVIII, nº 15 e);

c) "pero" implica una salvedad que, entre otros significados, quiere decir que ya acá no caben excepciones a introducirse por ley del congreso en la jurisdicción originaria (ver cap. XLVIII, nº 8);

d) "originaria y exclusivamente" quiere decir que las causas *le incumben a la Corte en instancia única, con exclusión* de cualquier otro *tribunal* (federal o provincial) y de cualquier otra *causa* (ver nº 3).

El artículo 117 extraído del artículo 116

2. — Si hiciéramos una especie de redacción aclaratoria del art. 117, diríamos que contiene la siguiente formulación:

En los casos de jurisdicción federal que, de modo genérico, enuncia el art. 116, *la Corte tendrá competencia por apelación* según lo que establezca el congreso, aumentándola o restringiéndola. Pero entre esos mismos casos, *hay dos en que la Corte ejercerá competencia a título originario y exclusivo: a) asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros; b) asuntos en los que sea parte una provincia.*

El art. 117 es como una *prolongación* del 116, tanto que por su misma redacción se aprecia que lo continúa, en forma que casi podrían incluirse ambos en una sola y misma norma con numeración

única. De este modo, los asuntos de competencia originaria y exclusiva previstos en el art. 117, *no son asuntos nuevos,* sino asuntos que la disposición *extrae* de entre los que el 116 encomendó a la jurisdicción federal de modo genérico.

Es de comprender que si el art. 117 remite al 116, cualquiera de las causas enumeradas en el 117 debe ser *una causa que enunció el anterior,* y que "pasa" al 117 porque en el 116 ya se le deparó la jurisdicción federal; y que "pasa" por la misma "razón" que también en el 116 se tuvo en cuenta para incluirla en la jurisdicción federal (nunca por "otra razón distinta" a la prevista en el 116).

Los caracteres de "originaria" y "exclusiva."

3. — El texto de nuestro art. 116 se separa del modelo norteamericano, que sólo habla de jurisdicción "originaria". Que además de originaria, esa competencia es "exclusiva", importa para nosotros lo siguiente:

a) Que dentro de *la jurisdicción federal,* "únicamente" la Corte conoce de esas causas;

b) Que, por ser norma inmediatamente operativa de la constitución, el *congreso no puede ampliar ni restringir* esa competencia, añadiendo otras causas o retaceando las enumeradas en el art. 117; es decir, que la Corte sólo puede conocer *exclusivamente* de esas causas, que no puede dejar de conocerlas, y que tampoco puede conocer originaria y exclusivamente de otras distintas;

c) Que la exclusión de cualquier otro tribunal distinto de la Corte rige no sólo dentro de la jurisdicción federal, sino también con respecto a la *jurisdicción provincial,* por manera que las causas de competencia originaria y exclusiva de la Corte jamás pueden radicarse en tribunales provinciales;

d) Que si esa competencia es intangible para el congreso, es asimismo *improrrogable* por las partes;

e) Que la propia *Corte no puede declinarla, disminuirla ni ampliarla,* lo que significa que el derecho judicial es aquí tan impotente como la ley;

f) Que por ello, *la Corte controla de oficio* (o sea, sin petición de parte) la integridad de su competencia originaria y exclusiva, para impedir que se aumente o se restrinja.

En el art. 117 no interesa la "materia" de la causa

4. — Conviene advertir de entrada que si se lee detenidamente el art. 117 —y si, además, como lo hemos resaltado, es un desprendimiento del art. 116 que reenvía a causas ya enumeradas e incluidas en el mismo 116— se comprende que la fórmula "asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros" y "en los que alguna provincia fuese parte", *no hace —ni permite hacer— alusión de ninguna naturaleza a la "materia" de la causa* (o al derecho que la rige). Latamente, podríamos aseverar que, excluida la competencia por razón de "materia", estamos ante *competencia por razón "de personas"* (o partes).

Esto resulta para nosotros importantísimo, ya que la jurisdicción originaria y exclusiva jamás puede depender de la "materia" de la causa, sino únicamente de las "personas" (o partes) a las que concierne la causa, o que como partes intervienen en ella, resultando *inconstitucional mezclar en la jurisdicción originaria la "materia" de la causa para ampliar o para disminuir esa jurisdicción.* La "materia" no sirve para hacer entrar o salir de él una causa que es "ratione personae" y que en el 117 se halla enumerada por extracción del 116.

En el art. 117 no interesa que el caso sea contencioso

5. — Según el derecho judicial de la Corte, su competencia originaria requiere que el caso sea "contencioso", habiéndose excluido de tal categoría —entre otros— el que se provoca por demanda de una provincia contra el estado federal con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, pero considerándose incluido —en cambio— el caso de una acción declarativa de certeza.

En el caso "Sichel c/Provincias de San Juan y Mendoza", del 7 de noviembre de 1969, la Corte sostuvo que es presupuesto de su jurisdicción originaria la existencia de un "caso" o "controversia" judicial en los términos de la ley 27 (caso "contencioso"), y que a ese efecto "es necesaria la existencia de una controversia entre partes que respectivamente afirmen y contradigan sus pretensiones, y que pueda existir un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar" (y luego alude a la sentencia de condena).

Si no estamos de acuerdo —según lo hemos ya explicado— en que la jurisdicción de los tribunales federales se restrinja a las causas que la ley 27 llama "contenciosas" (o contradictorias), tampoco estamos de acuerdo con que se exija ese requisito cuando las causas propias de la jurisdicción federal se trasladan a la Corte en jurisdicción originaria. Ni el art. 116 ni el 117 dan pie para tal reduccionismo, ya que hablan de "causas" y "asuntos" sin calificativo alguno.

Por ende, reputamos *inconstitucional* toda limitación de la competencia originaria de la Corte en las causas que la ley o el derecho judicial entienden que no son "contenciosas".

Ver cap. XLVIII, nos. 12 a 14, y 60.

Los juicios de habeas corpus y amparo

6. — Como principio, los juicios de habeas corpus y de amparo quedan excluidos de la competencia originaria de la Corte, salvo que —como lo tiene señalado el tribunal en jurisprudencia bastante reciente— concurra excepcionalmente alguno de los supuestos previstos en el art. 117. Tal es, a nuestro juicio, el criterio correcto, pues no hay razón para marginar de aquella competencia originaria causas que encuadran en el art. 117 por el mero hecho de que se trate de juicios de habeas corpus o de amparo.

La intervención "directa" de la Corte en casos excepcionales que no son procesos judiciales

7. — Cuando la Corte recibe directamente un petitorio de jueces y lo resuelve (con cualquier alcance) por vía de superintendencia, o como órgano cabeza del poder judicial, o en virtud de sus poderes implícitos, porque está en juego la investidura o la estabilidad de los jueces, *no debe entenderse que actúa en ejercicio de la jurisdicción originaria y exclusiva que regula el art. 117.* Si se interpretara tal cosa, habría exceso en la competencia, porque sabemos que la del art. 117 no puede ser ampliada. Lo que ocurre es que, más allá de la discusión acerca de si tales situaciones configuran o no "causa judicial", es indudable que no se encarrilan por el cauce de un "proceso" judicial de los previstos en la citada norma, y que la Corte no las resuelve del modo como decide los procesos judiciales. De ahí que estas hipótesis no añaden nada a la competencia originaria prevista en el art. 117, y por ende no son inconstitucionales" pese a que —reiteramos— son cuestiones que se llevan "directamente" ante la Corte y que ésta decide también directamente, sin sustanciación previa en una instancia inferior.

El derecho judicial en materia de competencia originaria y exclusiva

8. — Veamos si todas nuestras afirmaciones cuentan con el aval de la jurisprudencia de la Corte.

a) La Corte admite que dentro de la jurisdicción federal, *sólo ella* ejerce competencia originaria y exclusiva en los dos tipos de asuntos a que se refiere el art. 117.

b) También acepta que el *congreso no puede ampliarla ni restringirla.*

c) *No acepta que esa competencia excluya necesariamente a la jurisdicción provincial.* Para la Corte, el art. 117 no es de aplicación necesaria ni forzosa a las causas de jurisdicción *concurrente* regidas por el derecho común y, por ende, no excluye la jurisdicción provincial y arbitral cuando las partes optan por ellas.

d) *Tampoco acepta la improrrogabilidad* cuando las partes disponen lo contrario. Para la Corte, la jurisdicción originaria y exclusiva es prorrogable por la parte a cuyo favor se depara, en cuyo caso la causa puede sustraérsele a su competencia originaria y exclusiva, para radicarse tanto en tribunales federales inferiores, como en los provinciales o arbitrales (siempre que en este caso la jurisdicción federal no corresponda, además, por razón de "materia", en cuyo caso la reputa improrrogable).

e) En cuanto a que la propia Corte no puede declinar, disminuir ni ampliar su competencia originaria y exclusiva, el principio no es rígidamente acatado, desde que la misma Corte *consiente la prórroga* en la forma expuesta en el inciso anterior.

f) La Corte admite *controlar de oficio* (o sea, sin petición de parte) cualquier norma o acto que viole su competencia originaria y exclusiva; por eso la incompetencia originaria de la Corte, según su derecho judicial, se puede declarar en cualquier estado de la causa.

g) La Corte mezcla en el art. 117 la *"materia" de la causa,* y a veces amplía o disminuye su competencia originaria y exclusiva "en razón de la materia" en casos en que, a nuestro juicio, no debería hacerlo.

h) La Corte ha regulado por acordada la forma de tramitar ante ella los juicios de competencia originaria y exclusiva que le incumben.

II. LAS CAUSAS EN QUE ES PARTE UNA PROVINCIA

Su noción

9. — Remitimos como presupuesto al cap. XLVIII, nos. 64, 65 y 67.

10. — El art. 117 dice que corresponde a la Corte ejercer su jurisdicción originaria y exclusivamente en los asuntos (causas) en los *que fuese parte una provincia.* Esta fórmula permitiría, a primera vista, una de estas dos conclusiones:

a) *siempre* que en una causa es parte una provincia, hay compe-

tencia originaria de la Corte, sin que interese cuál sea la otra parte en el juicio; o,

b) *sólo* procede esa competencia originaria cuando en una causa es parte una provincia con alguna "otra parte" de las cuatro que menciona el art. 116. Adoptamos la última postura, de forma que *no siempre que en un juicio "es parte una provincia" debe abrirse la competencia originaria de la Corte, sino únicamente cuando, según cuál sea la "otra parte", la causa en que es parte una provincia está asignada a la jurisdicción federal "por razón de personas" en el art. 116.*

Las cuatro únicas causas incluidas en el art. 117 por ser parte una provincia

11. — Nuestro mecanismo interpretativo es éste:

1º) Buscar en el art. 116 cuáles son las causas que vienen *taxativamente enumeradas como federales en virtud de ser parte una provincia,* o sea, aquéllas en que la jurisdicción federal "ratione personae" se abre en virtud de ser parte una provincia; allí encontramos las *cuatro únicas causas* expresamente enunciadas por dicha razón en el art. 116 y advertimos que en ellas se indica cuál debe ser la *contraparte* que litiga con una provincia;

2º) Después de formar la serie de las cuatro causas precedentes decimos: *estas cuatro causas son las únicas a que se refiere el art. 117 cuando habla de causas en que "una provincia sea parte".*

3º) Finalmente, ninguna otra causa en que sea parte una provincia (ni por razón de la contraparte, ni por razón de materia), puede considerarse aludida y comprendida en el art. 117.

12. — Valga, entonces, repetir cuáles son las cuatro únicas causas del art. 116 a que nos venimos refiriendo:

a) *"provincia"* con *"provincia";*

b) *"provincia"* con *"vecinos de otra provincia";*

c) *"provincia"* con *ciudadano extranjero;*

d) *"provincia"* con *"estado extranjero".*

Y nada más.

En el art. 116 *no* aparecen las causas:

a) de "provincia" con el "estado federal" (la "nación");

b) de "provincia" con "sus propios vecinos".

Por eso no se trasladan a la jurisdicción originaria y exclusiva del art. 117. (Ver cap. XLVIII, nº 68, y en el presente capítulo el nº 16).

13. — Para las causas en que es parte una *provincia* que litiga con un *ciudadano extranjero.* Ver nº 16 a'.

14. — A tenor de nuestro punto de vista, la coordinación de los arts. 116 y 117 lleva a sostener que la parte del segundo que enfoca la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte cuando *una provincia es parte,* remite a las *cuatro únicas causas* en que, por serlo, el art. 116 confiere jurisdicción a los tribunales federales.

Si buscamos una fórmula explicativa del art. 117, podemos adoptar la siguiente: "La Corte Suprema ejercerá su jurisdicción originaria y exclusivamente cuando sea parte una provincia en alguna de las cuatro causas en que, por serlo, procede la jurisdicción federal ratione personae acordada por el art. 116".

El supuesto del art. 127 de la constitución

15. — La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte que prevé el art. 127 de la constitución con carácter de *dirimente* para resolver las *quejas entre provincias*, no configura —pese a su naturaleza peculiar— una hipótesis ajena a la de las causas de una provincia con otra, tanto que las referidas quejas interprovinciales deben proponerse con forma de demanda judicial.

Remitimos al Tomo I, cap. VIII, nº 20 b, y 21.

Las causas en que es parte una provincia y que quedan excluidas del art. 117

16. — Para nosotros, *no son de competencia originaria y exclusiva* de la Corte las causas en que litigan: a) *provincia con sus propios vecinos* (salvo que el avecindado sea *extranjero*); b) *provincia con el estado federal* (la "nación").

a) Para el primer caso, es menester recordar que la reforma de 1860 eliminó del que ahora es art. 116 (y entonces art. 97) las causas "entre una provincia y sus propios vecinos". Suprimida esta clase de asuntos "por razón de las personas", no parece posible que quepa incluir *por razón de "materia"* el caso en que una provincia litiga con sus vecinos sobre un asunto de naturaleza federal. Por razón de "materia" (federal) ese caso corresponde a la jurisdicción federal, pero la causa le pertenece entonces a los tribunales federales de primera instancia.

a') la causa entre *provincia y ciudadano extranjero* —individualizada en el art. 116— ingresa al art. 117 como de jurisdicción originaria de la Corte, aunque ese extranjero esté avecindado en la misma provincia con la cual litiga. De esta forma, la exclusión de las causas entre provincia y sus propios vecinos sólo funciona si el "vecino" es *argentino*, y no funciona si el "vecino" es *extranjero*.

b) Respecto del segundo caso excluído del art. 117 (que es el de causas entre "la nación" y una provincia) se dirá que el art. 116 posibilita como de jurisdicción federal las causas entre el estado (la "nación") y una provincia. Es cierto, pero allí prevé la jurisdicción federal —por "razón de personas"— *en cuanto es parte el estado* (la "nación"), y *no* en cuanto es parte una provincia. Por ende, las causas entre *estado federal y provincias* son de jurisdicción federal, pero no deben radicarse originariamente ante la Corte, sino ante tribunales federales de primera instancia.

Los requisitos para que una provincia sea considerada "parte"

17. — A los efectos de su competencia originaria la Corte exige que para que una provincia pueda ser tenida por "parte" en la forma prevista por el art. 117, la provincia debe ser *parte "nominal" y "sustancial"* (ver cap. XLVIII, nº 69).

En forma simple, podemos decir que es "parte nominal" cuando la provincia *figura expresamente* como tal en el juicio (o expediente judicial), y que es "parte sustancial" cuando en el mismo juicio *tiene un interés directo* que surge manifiestamente de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales que puedan utilizar las partes. Si acaso la provincia es "parte nominal" y no "parte sustancial", o viceversa, la causa no es admitida por la Corte como de su competencia originaria. Incluso, en la necesaria concurrencia de ambos recaudos (nominalidad y sustancialidad), el segundo aparece como tal a partir de que la provincia figure como "parte nominal" en el expediente. (Estos principios han sido reiterados en el caso "Marresse c/Cámara de Diputados de la provincia de Santa Fe", del 28 de noviembre de 1985).

La intervención en juicio de otras partes no aforadas

18. — La competencia originaria y exclusiva de la Corte en los cuatro casos en que es parte una provincia, no desaparece por el hecho de que al juicio concurran otros litisconsortes o terceros no aforados.

Durante mucho tiempo, la Corte interpretó rígidamente que la intervención en juicio de partes no aforadas, en litisconsorcio con otras que sí lo eran, impedía abrir su competencia originaria. Más recientemente, su derecho judicial acepta que si juntamente con provincias aforadas concurren al juicio terceros no afora-

dos, aquella competencia es procedente (ver, por ej., los casos "Y.P.F. c/provincia de Mendoza", de 1973, y "Centurión de Vedoya c/provincia de Misiones", de 1983). Concordantemente, la Corte ha aceptado su competencia originaria por el hecho de ingresar al juicio una provincia como *tercero*.

19. — A nuestro juicio, la tesis debe formularse así: cuando enfrentamos una de las "cuatro" *únicas* causas que la coordinación de los arts. 116 y 117 ubican dentro del fuero federal y de la jurisdicción originaria de la Corte (*ratione personae*, sin que importe la "materia") la presencia de una provincia como *parte* nominal o substancial no retrae a la jurisdicción originaria por el hecho de que concurra al juicio otro sujeto no aforado.

Si por el hecho de entrar a la relación procesal otros sujetos no aforados, la jurisdicción originaria quedara impedida, resultaría que habría "algunas" causas entre aquellas cuatro en que, a pesar de ser parte una provincia, el art. 117 no se aplicaría. Y eso está mal, porque el art. 117 no dice que habrá jurisdicción originaria, únicamente cuando una provincia intervenga "ella *sola*" en el juicio; la *ratio* del art. 117 subsiste aunque concurran otras partes no aforadas, y obliga a mantener la jurisdicción originaria.

El derecho judicial

20. — El derecho judicial emergente de la jurisprudencia de la Corte *ha ampliado y disminuido* —a nuestro juicio indebidamente— su competencia originaria y exclusiva en causas en que es parte una provincia, *haciendo jugar la "materia"*.

a) La *ha ampliado* cuando:

a') se trata de causas entre *una provincia y sus propios vecinos*, si la "materia" es *federal* (puntos regidos por la constitución, o leyes federales, o tratados internacionales);

a") se trata de causas entre *una provincia y el estado federal*, si la "materia" es *federal* en iguales condiciones.

b) La *ha disminuido* cuando, pese a ser parte una provincia en alguna de las cuatro causas que provocarían su competencia originaria y exclusiva, la "materia" de esas causas versa sobre cuestiones regidas por el *derecho provincial*.

III. LAS CAUSAS "CONCERNIENTES" A EMBAJADORES, MINISTROS PUBLICOS Y CONSULES EXTRANJEROS

La inmunidad diplomática

21. — Los *agentes diplomáticos* —al igual que los estados extranjeros— están investidos por las normas del derecho internacional público de un privilegio de *inmunidad* frente a la jurisdicción del estado en que actúan como representantes del propio. Esa inmunidad *los exime de la jurisdicción de los tribunales de justicia* del estado ante el cual ejercen su función. La violación del privilegio origina responsabilidad internacional del estado que lo ha infringido.

Por *agentes diplomáticos,* Podestá Costa entiende las personas que ejercen la representación oficial de un estado en otro estado, ya sea de modo general y permanente, o bien con carácter ad hoc, esto es, para determinado asunto.

Los cónsules, según Podestá Costa, son funcionarios oficiales de un estado que actúan en territorio de otro, con previo consentimiento de éste, ejerciendo (en lo que respecta al tráfico comercial y a las transacciones privadas con su país, así como a sus nacionales domiciliados, residentes o transeúntes), ciertos actos administrativos que surten efecto en su propio país; además, trabajan a favor del intercambio entre los estados respectivos, informan sobre el particular a su gobierno y auxilian a dichos nacionales en ciertas circunstancias personales extraordinarias.

Por la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 1963, de la que Argentina es parte, se reconoce a los cónsules una inmunidad de jurisdicción restringida.

La recepción constitucional de los principios del derecho internacional público

El alcance de la inmunidad de jurisdicción

22. — La inmunidad de jurisdicción de los diplomáticos depende en su alcance y en sus efectos del *derecho internacional público.* Ni el art. 116 ni el 117 reenvían a él, pero desde siempre el derecho argentino ha ajustado la intervención de la Corte Suprema al modo como le corresponde de acuerdo al "derecho de gentes", lo que significa que la competencia asignada al tribunal por el derecho interno presupone el consentimiento de la jurisdicción argentina y, recíprocamente, el allanamiento también consentido de la inmunidad diplomática en los casos en que la acuerda el derecho internacional.

Actualmente, rige la materia la *Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas* de 1961, que se halla incorporada al derecho argentino, y que contempla las inmunidades del agente diplomático a partir de su art. 31, en el que se enfoca la inmunidad de jurisdicción.

Estas normas siguen, linealmente, la tendencia a proteger con esa inmunidad —aunque con alcance variado y no uniforme— también a los familiares convivientes, a los miembros del personal administrativo y técnico de la misión diplomática, al personal de servicio de la misión, pero no a los criados particulares de los miembros de la misión.

También linealmente podemos observar que la inmunidad del agente diplomático admite varias excepciones, especialmente en casos ajenos a sus funciones especiales.

La relación entre la inmunidad de jurisdicción y la competencia de la Corte

23. — Esbozado el panorama de la inmunidad de jurisdicción, tenemos que afrontar el problema de si la competencia originaria de la Corte estatuida en los arts. 116 y 117 se limita a los supuestos en que el derecho internacional otorga aquella inmunidad, o si abarca también a los exentos de inmunidad.

a) Como principio, adoptamos el alcance amplio de nuestra constitución, y como en el caso se trata de competencia originaria de la Corte (insusceptible de ampliación ni disminución), decimos que: a') si una causa judicial "concierne" realmente a un diplomático, debe entender en ella la Corte, aunque el derecho internacional no cubra el caso con la inmunidad diplomática; a") si el derecho internacional no la cubre con la inmunidad, la Corte podrá entender en ella sin necesidad del consentimiento a la jurisdicción argentina;

b) Nuestro estado —y dentro de él, la Corte— no debe declinar su jurisdicción en causas concernientes a diplomáticos que le incumben por los arts. 116 y 117, cuando el caso está exento de inmunidad por el derecho internacional;

c) Todo ello porque ni la ley, ni el derecho judicial, ni el derecho internacional público, pueden ampliar o disminuir la competencia originaria de la Corte en causas que realmente "conciernen" a diplomáticos.

El acatamiento de la jurisdicción argentina, la renuncia y la duración de la inmunidad de jurisdicción

24. — La Corte debe conocer *del modo como puede hacerlo un tribunal con arreglo al derecho de gentes.* Norma tan antigua en nuestro régimen presupone que la causa no es judiciable por la Corte sin previa *renuncia* al privilegio de exención de jurisdicción (si existe para el caso).

Esa renuncia importa *habilitar* la jurisdicción argentina, y puede ser, según alguna doctrina, expresa o tácita.

Entendemos que no basta la conformidad *personal* del embajador o ministro, sino que es necesaria *la del estado extranjero* cuya representación diplomática ejercen. Ello viene impuesto, además, por el art. 32 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.

Estimamos que una vez que se ha prestado conformidad para allanar la inmunidad, el respectivo estado no puede retractarse.

25. — Consentida la jurisdicción argentina para tramitar la causa judicial, el art. 32 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas exige, no obstante, una nueva renuncia a la inmunidad de jurisdicción para *ejecutar la sentencia.*

26. — La inmunidad diplomática dura mientras el agente ejerce las funciones correlativas. Ello puede dar lugar a situaciones varias:

a) cuando el agente diplomático se ve afectado en una causa que le concierne por un hecho anterior a su desempeño, la inmunidad lo cubre;

b) si el hecho que origina la causa se produce mientras ejerce su función, pero el juzgamiento es posterior a su cese, ya no hay inmunidad;

c) si la Corte está conociendo de una causa concerniente al agente diplomático y mientras pende el proceso cesa en su función, la Corte se ha de desprender de la causa;

d) una ausencia transitoria de nuestro país no hace decaer la competencia de la Corte.

27. — Conviene dejar sentado que en el caso de inhibirse la jurisdicción argentina para conocer en la causa concerniente a un embajador o ministro, le queda a nuestro estado un recurso diplomático (de tipo político) conforme al derecho internacional público, siempre que la persona del agente extranjero resulte indeseable —por ej.: por existir sospecha o indicio de la autoría de un delito—. Ese recurso es solicitar su *retiro o entregarle las credenciales* para que abandone la misión diplomática y el territorio argentino. (La declaración de

persona "no grata" está prevista a favor del estado receptor en el art. 9º de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas.)

28. — La inmunidad de jurisdicción que nuestro derecho admite respecto de los diplomáticos ante los tribunales argentinos no viola el derecho a la jurisdicción que nuestra constitución acuerda a los justiciables, porque queda abierto a favor de éstos el acceso a la jurisdicción ante los tribunales locales del estado extranjero al cual representa el diplomático.

Si en su propia jurisdicción tampoco resultara justiciable, el caso se asimilaría al de privación de justicia.

Qué es causa "concerniente"

29. — Causas y asuntos "concernientes" a embajadores, etc., no son únicamente aquéllos en que procesalmente y formalmente es "parte" uno de los agentes mentados en el art. 117.

Concernir equivale a *afectar*. Una causa "concierne" a un diplomático o un cónsul en la medida en que lo afecta, interesa, y compromete, sin distinguir entre las causas referidas a actividad propia de su función oficial y las ajenas a ésta (o totalmente referidas a actividad privada). No interesa tampoco la "materia" de la causa (civil, penal, administrativa, etc.)

30. — El *derecho judicial* de la Corte exige, normalmente, que la persona aforada tome *intervención directa en el juicio* —si éste es civil, como actora o como demandada, y si es penal, como querellante o como procesada—. Este criterio sólo puede ser un principio de guía, pero no ha de adoptárselo con rigidez, porque los art. 116 y 117 hablan de causas "concernientes" y no de causas en que "sean *parte*" los embajadores, ministros, o cónsules; lo importante es que la causa les "concierna", más allá de la intervención nominal y formal como parte.

Prueba de esto es que la Corte ha intervenido en la causa por muerte dudosa de un embajador, en la que precisamente por haber fallecido no podía actuar como parte; como asimismo ha establecido que corresponden a su instancia originaria las causas concernientes a agentes diplomáticos que afectan su desempeño en las funciones propias, aunque ellos no se hagan parte en el proceso.

En cambio, discrepamos con la jurisprudencia que en causas criminales que no perjudican el ejercicio de la función diplomática, ha desechado la competencia originaria de la Corte cuando la persona aforada que resulta víctima de un delito no actúa como querellante.

Qué personas quedan abarcadas, y qué personas no abarcadas pueden convertir un juicio en causa "concerniente"

31. — a) Para saber qué son "embajadores", "ministros" y "cónsules" (a quienes debe "concernirles" la causa), estamos ciertos de que la interpretación de la norma constitucional debe necesariamente remitirse a las definiciones del derecho internacional público, de forma que a los efectos del correspondiente texto de la constitución, son "embajadores", "ministros", y "cónsules" extranjeros aquellos agentes diplomáticos y consulares a los que el derecho internacional considera de ese rango.

Por ende: a) ni la ley ni el derecho judicial pueden convertir en causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, a las causas que conciernen a (o en que son parte) otras personas que carecen de esa investidura y de esa función, aunque acaso gocen de inmunidad diplomática; a') si algunas de esas otras personas gozan de inmunidad diplomática, la inmunidad deberá serles respetada por el tribunal que deba entender en la causa, pero ese tribunal no debe ser la Corte en instancia originaria.

b) Deben equipararse a embajadores extranjeros acreditados ante nuestro gobierno los que, sin estarlo formalmente, se hallan cumpliendo transitoriamente ante él una misión o gestión oficial del estado al que pertenecen.

c) Implícitamente, damos por cierto que la norma incluye también a los *jefes de estado extranjeros* cuando están en territorio de nuestro estado, a título oficial o privado.

d) Causas referidas a personas sin status diplomático, o que poseyéndolo no tienen inmunidad en algunos casos, pueden ser causas "concernientes" al embajador, al ministro, o al cónsul, no porque en ellas intervengan aquellas personas, sino porque la dependencia funcional (aunque sea privada y no oficial) de las mismas con los nombrados agentes diplomáticos o consulares hace que la causa les "concierna" a éstos.

Los diplomáticos "no extranjeros"

32. — No hay duda de que los arts. 116 y 117 se refieren a agentes diplomáticos *extranjeros,* o sea, acreditados por otro estado ante el nuestro, lo que significa que las causas concernientes a agentes diplomáticos que nuestro estado acredita en otro, escapan a la previsión especial de estas normas.

Los diplomáticos extranjeros de nacionalidad argentina

33. — El problema podría suscitarse si un estado extranjero acreditara como representante suyo ante el nuestro a un argentino.

Prescindiendo totalmente de su nacionalidad, ese agente diplo-

mático sería "extranjero" a los efectos del título diplomático investido, (porque representaría a un estado extranjero), y la causa que le concerniera sería de competencia originaria y exclusiva de la Corte.

La "extranjería" de los diplomáticos no depende, pues, de su nacionalidad personal, sino de la "función" que desempeñan en representación de un estado extranjero.

Los diplomáticos en tránsito.

34. — Los diplomáticos extranjeros acreditados ante un estado que no es el nuestro, y que por cualquier causa se hallan en tránsito en territorio argentino no deben equipararse a diplomáticos "extranjeros" a los fines del art. 117, porque tanto éste como el art. 116 presuponen la hipótesis de función desempeñada ante nuestro gobierno.

Tampoco deben equipararse los diplomáticos acreditados en Argentina que, después de cesar en el cargo, permanecen en el país para volver al propio o para ir a asumir otro cargo diplomático en otro estado. No compartimos, por ende, la jurisprudencia que ha asimilado estas situaciones para abrir la competencia originaria de la Corte.

Los diplomáticos extranjeros acreditados ante organismos internacionales

35. — Una cuestión novedosa en relación con las previsiones con que pudo manejarse el constituyente en 1853 la configura el caso de diplomáticos que pertenecen a *organismos internacionales* y que cumplen funciones en nuestro estado; tales funcionarios no están acreditados por un estado extranjero ante el nuestro, sino que pertenecen a aquellos organismos.

Podemos subdividir la hipótesis en dos: a) *simples agentes* que, investidos de inmunidad diplomática, integran delegaciones u oficinas de organismos internacionales con sede en nuestro país; b) *embajadores* acreditados ante esos organismos, con la condición de que éstos tengan sede u oficinas en Argentina, y que el embajador sea residente, o se encuentre en nuestro país.

El segundo caso es diferente, porque atañe a un *embajador acreditado ante un organismo internacional con sede en Argentina.* Aparte del problema de su inmunidad de jurisdicción, acá nos importa determinar si en esa causa resulta competente la Corte en forma originaria. Vamos a presuponer la concurrencia de tres requisitos: a) que el organismo internacional ante el que está acreditado ese embajador tiene sede (u oficinas o delegaciones) en nuestro estado; b) que Argentina forma parte del mismo organismo; c) que el embajador cumple funciones en Argentina.

Con mucho margen de opinabilidad, pensamos que no sería extravagante suponer que el espíritu de la constitución permite considerar la causa concerniente

a uno de dichos embajadores como comprendida en la que se refiere a los embajadores y ministros extranjeros, y, por ende, reputarla propia de la competencia originaria de la Corte.

Las demandas contra embajadas extranjeras

36. — Las demandas que se promueven contra "embajadas" extranjeras están mal enfocadas: una embajada carece de personería y legitimación para estar en juicio y no es demandable. Las demandas deben dirigirse contra el titular de la embajada (*embajador* extranjero) o contra el respectivo *estado extranjero,* según proceda en cada caso.

Las causas concernientes a cónsules extranjeros

37. — Con respecto a los *cónsules* extranjeros debemos comenzar recordando que: a) los arts. 116 y 117 los colocan en *paridad* de condiciones con los embajadores y ministros públicos a efectos de hacer surtir la competencia originaria y exclusiva de la Corte en causas o asuntos que les conciernen; b) pero según el derecho internacional público, no ostentan carácter de agentes diplomáticos.

38. — Los cónsules no gozan en el derecho internacional de una inmunidad de jurisdicción que tenga igual alcance que la de los diplomáticos. El art. 43 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares la confiere sólo por actos ejecutados *en ejercicio de la función consular,* y aún así contempla algunas excepciones.

Sin embargo, para los cónsules cabe decir, en forma análoga a la expuesta para los diplomáticos, que una cosa es decidir cuándo una causa les concierne (y pertenece a la competencia originaria de la Corte) y otra distinta es el problema de la inmunidad de jurisdicción, por manera que no hay que confundir una cosa con la otra.

39. — "Causa concerniente" a cónsules extranjeros significa, en el lenguaje de la constitución, lo mismo que significa —y que explicamos—cuando se refiere a los embajadores y ministros públicos extranjeros; la locución tiene, pues, una amplitud que no discrimina hipótesis diferentes para el caso de actos cumplidos en el desempeño de su función y para el de negocios privados o personales. Por ende, ni la ley ni el derecho judicial pueden válidamente regular la competencia originaria de la Corte sobre la base de ese dualismo no incluido

en las normas constitucionales. (Ver nº 23).

Sin embargo, hay vieja jurisprudencia de la Corte que restringe su competencia originaria al caso en que están afectados privilegios y exenciones de los cónsules *en su carácter público,* en mérito "al concepto corriente en la doctrina internacional, según la cual los cónsules carecen de carácter diplomático y, por consiguiente, no gozan de las exenciones e inmunidades que acuerdan a los embajadores, ministros, etc., pero en razón de ejercer la representación del país que los envía, de que reciben delegación de poder para el desempeño de las funciones que les están confiadas, les son acordados ciertos privilegios indispensables para llenar su misión, por ser inherentes al ejercicio de la jurisdicción atribuida".

IV. LA JURISDICCION ORIGINARIA Y EXCLUSIVA DE LA CORTE EN LA CONSTITUCION MATERIAL.

40. — En la medida en que a través de todas nuestras opiniones hemos encontrado casos en que la ley o el derecho judicial amplían o disminuyen la jurisdicción originaria de la Corte interpretada a la luz del art. 117, hemos de reconocer simultáneamente que la extensión o la detracción en el derecho constitucional material configuran una *mutación constitucional por interpretación que desfigura y viola a la citada norma de la constitución formal.*

CAPÍTULO L

LA JURISDICCION APELADA "EXTRAORDINARIA" DE LA CORTE SUPREMA

I. EL RECURSO EXTRAORDINARIO. - Su perfil y naturaleza. - *La ley 48.* - Su objeto o materia. - El carril previo del recurso extraordinario: "sentencia - juicio - tribunal judicial". - Los requisitos del recurso extraordinario. - Los ámbitos excluidos del recurso extraordinario. - El caso de opción entre vía "no judicial" y vía "judicial". - II. LA "CUESTIÓN CONSTITUCIONAL". - Su concepto. - Las clases de cuestión constitucional. - *Aproximación ejemplificativa a una tipología.* - Las cuestiones ajenas. - ¿Cuestiones constitucionales "mixtas"? - Las cuestiones "insustanciales" y las "insuficientes". - Las sentencias de la Corte Suprema y el recurso extraordinario. - La arbitrariedad de sentencia como cuestión constitucional. - *La tipología de la arbitrariedad.* - La gravedad o el interés institucional. - La cuestión constitucional como "cuestión de derecho". - El recurso extraordinario y el control constitucional "de oficio". - *El "iura novit curia".* - La relación "directa" de la cuestión constitucional con el juicio. - El gravamen o agravio, y su titularidad. - La legitimación procesal. - *La titularidad de un derecho y el perjuicio sufrido.* - *Algunas aplicaciones.* - *La interpretación constitucional favorable.* - La resolución "contraria". - La articulación procesal de la cuestión constitucional. - III. LA SENTENCIA "DEFINITIVA" DEL "TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CAUSA". - El "juicio". - La sentencia "definitiva". - *Las sentencias extranjeras.* - El "tribunal superior de la causa". - Los superiores tribunales de provincia ahora son necesariamente el "tribunal superior de la causa". - *El derecho judicial de la Corte.* - La perspectiva federalista en orden a la "sentencia definitiva" de los superiores tribunales de provincia. - IV. EL PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA EXTRAORDINARIA. - Las competencias federales y provinciales, y el recurso extraordinario. - El recurso de queja. - El "per saltum" en el carril del recurso extraordinario. - V. LA JURISDICCIÓN EXTRAORDINARIA DE LA CORTE Y EL "CERTIORARI". - Su recepción en la ley 23.774. - *Nuestra interpretación de la ley 23.774.*

I. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Su perfil y naturaleza

1. — Como primera descripción, cabe decir que el recurso extraordinario es un *recurso,* o sea *una vía de acceso a la Corte que no*

es originaria, sino posterior a una instancia previa o anterior. En este sentido, responde a la previsión constitucional de que haya una jurisdicción no originaria *(apelada)* de la Corte según el art. 117.

Se discute si es un recurso "de apelación". En tanto el acceso a la Corte que por él se obtiene no es originario, cabe responder que sí, aun cuando no habilita una revisión total del fallo inferior.

De todos modos, sus características son especiales. Por algo se lo llama "extraordinario", o sea, "no ordinario".

Esa naturaleza extraordinaria consiste en que no es un recurso de apelación "común", sino *excepcional, restringido y de materia federal.* En este aspecto, puede decirse que es "parcial" porque recae sobre la "parte" federal (constitucional) exclusivamente.

No faltan opiniones que ven en la vía que analizamos una especie de *"casación" constitucional o federal,* que procura mantener la supremacía de la constitución y del derecho federal, así como lograr la aplicación uniforme del derecho constitucional federal. Seguramente, luce aquí el papel de la Corte como intérprete último o final de la constitución federal.

2. — Diseñado lo que "es" el recurso extraordinario, la doctrina y el derecho judicial se ocupan de señalar lo que "no es". No es —se suele decir— una "*tercera* instancia". Lo que con ello se quiere señalar es que no configura una instancia "más" (ordinaria) que se agregue a las propias de cada juicio (una, dos, o tres); y si se recuerda que "instancia" significa normalmente el "grado" de jurisdicción de los tribunales judiciales, lo que conviene afirmar es que el recurso extraordinario no funciona como una instancia que se añade a las propias de cada juicio, sino como una instancia "nueva" pero reducida y parcial (extraordinaria) que se limita a la materia federal encapsulada en la sentencia inferior.

La ley 48

3. — Los artículos clave del recurso extraordinario son el 14, el 15 y el 16 de la ley 48.

El art. 14 dice: "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema, de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia, en los casos siguientes:

1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la nación, y la decisión haya sido contra su validez;

2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se hayan

puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución nacional, a los tratados o leyes del congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia;

3º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la constitución o un tratado o ley del congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional, haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia del litigio".

El art. 15 dice: "Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa, quedando entendido que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos civil, penal, comercial y de minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 de la constitución".

El art. 16 dice: "En los recursos de que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución, especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón".

Su objeto o materia

4. — El objeto del recurso extraordinario consiste, lato sensu, en asegurar en última instancia ante la Corte el *control de la supremacía constitucional.*

Puede desglosarse este "control" en dos: a) *interpretación* constitucional; b) *conflicto* de constitucionalidad.

Ambos aspectos merecen agruparse como "control", en cuanto la interpretación constitucional es, de algún modo, una especie de control acerca del sentido de las normas que se interpretan. Y cuando ello cae bajo competencia de la Corte por su rol de intérprete final que unifica y pacifica las interpretaciones inferiores, se entiende que "controlar" implica—al estilo de un tribunal de casación constitucional— revisar y definir en última instancia el sentido de las normas constitucionales (la constitución "es" lo que la Corte dice que "es").

Reiteramos que la jurisdicción constitucional de la Corte no ha de verse solamente en su función "negativa" de declarar la inconstitucionalidad, sino en la "positiva" de efectuar interpretaciones constitucionales.

5. — La revisión constitucional en instancia extraordinaria en torno del objeto propio del recurso ante la Corte, confiere primordial

importancia a lo que en él se llama "cuestión constitucional" (o caso federal), requisito inexorable sin cuya concurrencia el mismo recurso pierde su meollo.

6. — En primer lugar, puede hacerse una distinción entre la finalidad *concreta* que el recurso tiene para quien lo utiliza en un proceso, y la finalidad *institucional* que, más allá del interés del justiciable, es propia del instituto. Para quien como *justiciable* interpone el recurso, la finalidad radica en la solución justa de "su" caso y la protección de los derechos, garantías y/o intereses que en ese caso están en juego. Para el *sistema institucional,* la finalidad consiste en el control de constitucionalidad y la casación constitucional, con todo el bagaje de cuestiones que allí se involucran.

Es posible, entonces, imaginar que se concilian fines *subjetivos* o concretos y fines *institucionales* u objetivos.

En la diversidad de *finalidades institucionales* que, más allá de lo concreto de cada caso, cumple el recurso, cabe citar: a) el aseguramiento del *bloque trinitario federal de constitucionalidad* (constitución y tratados con jerarquía constitucional, leyes del congreso, tratados internacionales) frente al *derecho provincial*, para evitar la disgregación de la unidad federal; b) la supremacía de las *autoridades federales*; c) la guarda de la *supremacía constitucional* más allá de la relación con el derecho provincial, extendiendo dicha supremacía de cara al mismo derecho infraconstitucional y también a los particulares; d) la tutela de los *derechos personales* frente al estado federal, a las provincias, y a los particulares; e) la *casación constitucional y federal* que tiende a lograr la aplicación uniforme de las normas constitucionales; f) el afianzamiento del valor *justicia* en la administración judicial.

Ver cap. XLII, nos. 10 a 13.

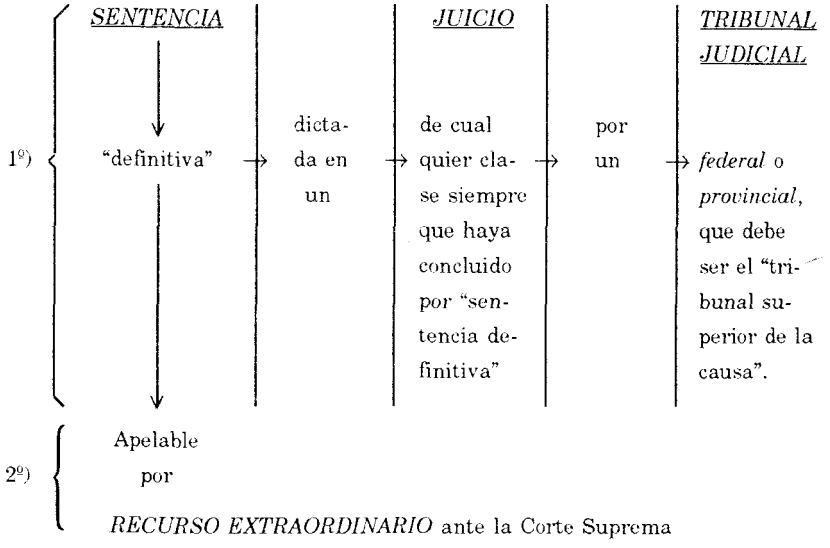
El carril previo del recurso extraordinario: "sentencia - juicio - tribunal judicial"

7. — La primera pregunta atiende a saber "contra qué" se recurre en instancia extraordinaria; o dentro de qué "marco" previo debe situarse ese "algo" contra lo que se recurre. Se recurre "contra" una *sentencia,* y esa sentencia se sitúa "dentro" del "marco" de un *juicio;* la sentencia debe provenir —como principio— de *tribunales del poder judicial, sean federales o provinciales.*

Ordenando la exposición tenemos: a) *sentencia;* b) (dictada en) *juicio;* c) (por un) *tribunal judicial.*

Sin embargo, éste es únicamente un *principio,* porque en la evolución que el recurso extraordinario ha recorrido dentro del derecho judicial (y con buen apoyo de parte importante de la doctrina) hay excepciones que explicamos en el nº 52.

8. — Un breve cuadro aclara el carril previo del recurso extraordinario.



Los requisitos del recurso extraordinario

9. — Suele esquematizarse la serie de requisitos para el recurso extraordinario en un triple agrupamiento:

1) *Requisitos "comunes":*

a) previa intervención de un *tribunal judicial* federal o provincial que haya:

a') tenido lugar en un *juicio* y

a") concluido con una *sentencia;*

b) decisión en la sentencia de una *cuestión que sea judiciable;*

c) *gravamen o agravio* para quien deduce el recurso, con *interés personal* en la cuestión;

d) *subsistencia actual* de los requisitos anteriores en el momento en que la Corte va a sentenciar la causa.

2) *Requisitos "propios":*

a) existencia en la causa de una *cuestión (o caso) constitucional (o federal);*

b) *relación directa* entre esa cuestión constitucional y la solución que la sentencia recurrida ha dado al juicio;

c) que la sentencia recurrida haya sido *contraria* (y no favorable) al derecho federal invocado por el proponente;

d) existencia de;

d') *sentencia definitiva* dictada por

d") el *superior (último) tribunal competente de la causa* (para resolver la cuestión constitucional).

3) *Requisitos "formales":*

a) *introducción oportuna y clara (o planteo "en tiempo") de la cuestión constitucional* en el juicio, por parte de quien luego interpone el recurso (se llama también "reserva del caso federal" para el recurso futuro).

b) *mantenimiento* sucesivo de dicha cuestión en todas las instancias del juicio;

c) *interposición por escrito del recurso* contra la sentencia definitiva, con debido fundamento y con relación completa de las circunstancias del juicio que se vinculan a la cuestión constitucional planteada.

Los ámbitos excluidos del recurso extraordinario

10. — Conforme al derecho vigente, el recurso extraordinario *no procede* (o no sirve para la revisión por la Corte):

a) *en el ámbito del poder judicial contra:*

a') las sentencias de la propia Corte Suprema;

a") las sentencias que no son "definitivas" y que no han emanado del "tribunal superior de la causa";

a"') las decisiones adoptadas en actuaciones o procedimientos de superintendencia (hay excepciones cuando revisten carácter particular y concurren los requisitos del recurso);

a"") las resoluciones que tienen alcance normativo general (salvo que se

discuta su aplicación a un caso concreto o particular, y concurran los requisitos del recurso);

a"") las medidas disciplinarias que aplican los jueces (salvo que resulten ilegales o arbitrarias, y concurran los requisitos del recurso);

a""") los fallos plenarios cuando no implican resolver en concreto el caso;

b) *en el ámbito del congreso (poder legislativo) contra:*

b') las decisiones en materia de art. 64 (juzgamiento por las cámaras de la validez de elección-derecho-título de sus miembros) y del art. 66 (poder disciplinario de las cámaras sobre sus miembros: corrección, remoción, expulsión);

b") la actividad administrativa (salvo que se configure la misma situación que explicamos en orden a dicha actividad cumplida en el ámbito del poder ejecutivo);

c) *en el ámbito del poder ejecutivo contra:*

c') la actividad administrativa (salvo cuando tenga naturaleza jurisdiccional y la decisión no se puede revisar ni por vía de recurso ni por vía de acción);

d) *en ámbito ajeno a los tres poderes del estado contra:*

d') los laudos dictados en juicios arbitrales o periciales (salvo que en jurisdicción arbitral impuesta por la ley se alegue apartamiento de los puntos sometidos a arbitraje y haya que tutelar garantías constitucionales; ver en tal sentido excepcional el fallo de la Corte del 11 de setiembre de 1970 en el caso "Cantiello, Emilio C. c/Compañía Petroquímica Argentina").

e) *en ningún ámbito* cuando:

e') no hay "cuestión constitucional" o "federal" (ni simple ni compleja, salvo que la Corte prescinda de ella por "gravedad institucional");

e") la cuestión se reputa "no judiciable" por ser "política";

e"') no concurren los demás requisitos del recurso (salvo que la Corte los exima o alivie por "gravedad institucional").

El caso de opción entre vía "no judicial" y vía "judicial"

11. — Cuando se ofrece al interesado la opción entre acudir a una vía "judicial" o a una vía "administrativa" que carece de revisión ulterior judicial, el principio común establece que una vez elegida la segunda es imposible tacharla de inconstitucional por no deparar revisión judicial. En aplicación de tal regla, el uso voluntario de la vía administrativa apareja abandono simultáneo de un eventual recurso extraordinario contra la decisión que recaiga en sede administrativa.

II. LA "CUESTION CONSTITUCIONAL"

Su concepto

12. — La existencia de *cuestión constitucional o federal* (o "caso" constitucional o federal) viene a convertirse en el tronco vertebral del recurso extraordinario, como que hace a su objeto o materia. Se puede definir la cuestión constitucional como una *cuestión "de derecho"* en que, directa o indirectamente, está comprometida la constitución federal (sea en su *interpretación,* sea en su *supremacía).*

13. — Para las cuestiones constitucionales *provinciales* que son a la vez *federales* o tienen una mixtura con las federales, ver cap. XLVII, nos 13 y 17 d) y f).

Las clases de cuestión constitucional

13. — La cuestión constitucional se abre en dos grandes rubros o clases: a) cuestión *constitucional "simple";* b) cuestión *constitucional "compleja".*

La cuestión constitucional "simple" versa siempre sobre *la "interpretación" pura y simple de normas o actos de naturaleza "federal".*

La cuestión constitucional "compleja" versa siempre sobre *un "conflicto de constitucionalidad" entre normas o actos infraconstitucionales (de cualquier naturaleza) y la constitución federal.*

14. — *La cuestión constitucional "simple"* pone bajo *interpretación* a normas o actos "federales", de forma que queda fuera de ella la interpretación de normas o actos "no federales" (derecho común, derecho provincial). Recae, entonces, sobre la interpretación de:

a) la propia constitución federal y los tratados con jerarquía constitucional;

b) las leyes federales;

c) los demás tratados internacionales;

d) los decretos reglamentarios de leyes federales;

e) otras normas federales (por ej., reglamentos autónomos del poder ejecutivo, resoluciones o instrucciones ministeriales, etc.);

f) los actos federales de órganos del gobierno federal.

15. — Como consecuencia de lo expuesto, *no* da lugar al recurso extraordinario, por *no* configurar cuestión federal simple, la "interpretación" de:

a) Las leyes nacionales locales.

b) Las leyes nacionales de derecho común.

c) Las normas provinciales (constitución, leyes, decretos, ordenanzas, etc.).

d) Las reglamentaciones de leyes nacionales locales o leyes nacionales de derecho común.

e) Las otras normas emanadas de autoridad federal que se refieren a materia común o local.

f) Los actos de autoridad federal realizados en el carácter de autoridad local.

16. — La *cuestión constitucional "compleja"* se subdivide en:

a) *compleja "directa"*, cuando el conflicto de constitucionalidad se suscita "directamente," entre una norma o un acto infraconstitucionales y la constitución federal;

b) *compleja "indirecta"*, cuando el conflicto se suscita entre normas o actos infraconstitucionales que, dentro de su gradación jerárquica, infringen "indirectamente" a la constitución federal que establece la prelación de la norma o del acto superiores sobre los inferiores.

Ejemplos de *cuestión constitucional compleja "directa"* son: los conflictos entre:

a) la constitución federal más los tratados con jerarquía constitucional por un lado, y:

b) por el otro, una ley del congreso (de cualquier naturaleza: federal, de derecho común, o local); b') un tratado internacional sin jerarquía constitucional; b") un acto de autoridad federal; b"') una norma del derecho provincial (constitución provincial, ley, decreto, ordenanza municipal, etc.); b"") un acto de autoridad provincial.

Para quienes entendemos que la "sentencia arbitraria" es una sentencia *inconstitucional* (por violación a aspectos del derecho a la jurisdicción: debido proceso, defensa, necesidad de debida fundamentación de la sentencia, etc.), el recurso extraordinario por sentencia arbitraria encuadra en el supuesto de

cuestión constitucional compleja directa que se configura por "conflicto" entre: a) la constitución federal y b) la sentencia arbitraria.

Ejemplos de *cuestión constitucional compleja "indirecta"* son:

a) conflicto entre normas o actos de autoridad federales —por ej.: entre un decreto reglamentario y la ley reglamentaria—;

b) conflicto entre normas federales y locales —por ej.: entre una ley federal y una ley o decreto provincial—;

c) conflicto entre normas nacionales de derecho común y normas provinciales —por ej.: entre una norma del código civil y una constitución o ley provinciales—;

d) conflicto entre normas federales y actos provinciales;

e) conflicto entre actos federales y normas provinciales;

f) conflicto entre actos federales y actos provinciales.

En todos estos casos, se advierte que la incompatibilidad entre una norma o un acto jerárquicamente superiores y una norma o un acto inferiores (por ej., entre una ley y su reglamentación, o entre una ley federal y otra provincial) afecta *indirectamente* a la constitución federal, porque de ésta proviene la gradación jerárquica o la superioridad transgredidas por la norma o el acto inferiores.

17. — Queda excluido el recurso extraordinario cuando se discute la incompatibilidad de *normas provinciales entre sí, o de actos provinciales entre sí,* aun cuando esté de por medio en el conflicto la constitución provincial, *salvo que indirectamente se origine un conflicto también indirecto con la constitución federal* (ver cap. XLVII, nº 17 c y e), o que *la negatoria a resolver la cuestión constitucional signifique privación de justicia* (ver cap. XLVII, nº 16).

18. — Hay que tener en cuenta que la cuestión constitucional que se afronta por vía del recurso extraordinario cuando hay conflicto de constitucionalidad es susceptible de encararse desde una doble perspectiva: a) para controlar la norma que se reputa inconstitucional "en sí misma"; b) para controlar la "interpretación" y la "aplicación" que hizo de ella la sentencia recurrida al aplicarla al caso resuelto (nº 19 a y c).

Aproximación ejemplificativa a una tipología

19. — Las cuestiones constitucionales federales admiten alguna tipología que, a esta altura de la evolución en la doctrina y en el derecho judicial, no puede llamar la atención por su originalidad. Así, hay:

a) Cuestión constitucional por *inconstitucionalidad absoluta,* cuando una

norma cualquiera resulta siempre y en sí misma (o sea, en cuanto norma) opuesta a la constitución;

b) Cuestión constitucional por *inconstitucionalidad relativa*, cuando una norma es inconstitucional en su *aplicación* a un caso determinado, y no lo es en otro (ver Tomo I, cap. V, nº 37 b);

c) Cuestión constitucional por causa de la *interpretación o aplicación inconstitucional* que se hace de una norma que no es inconstitucional en cuanto norma;

d) Cuestión constitucional por *inconstitucionalidad sobreviniente*, cuando una norma que hasta un momento determinado no es inconstitucional se convierte en inconstitucional (ver Tomo I, cap. V, nº 37 a).

Las cuestiones ajenas

20. — Es frecuente, cuando se esboza el lineamiento de las cuestiones constitucionales que hacen de base al recurso extraordinario, afirmar que son *extrañas* al mismo por no configurar cuestión constitucional, dos grandes grupos:

a) Las cuestiones sobre *"interpretación" del derecho común o local* (salvo que aparezca conflicto de constitucionalidad originante de cuestión federal compleja).

b) Las cuestiones de *hecho y prueba* (salvo que por su íntima conexión con puntos de derecho federal no sea posible separarlas dentro de la cuestión constitucional planteada).

Se suele agregar que, como principio, también le son extrañas:

c) Las cuestiones sobre interpretación del *derecho procesal federal.*

Estas excepciones nos merecen comentario en el siguiente nº 21.

21. — a) *El derecho común y local* (comprensivo el último del *derecho provincial*) es ajeno al recurso extraordinario solamente cuando se trata de su pura "interpretación". Pero si hay "conflicto de constitucionalidad" con normas de derecho común o local, el recurso es viable, porque aparece cuestión constitucional "compleja" (directa o indirecta).

a') Además, a nuestro juicio, el recurso debería abrirse también cuando en materia de derecho común y local existe *jurisprudencia contradictoria* que lo interpreta de manera distinta en casos semejantes, porque en tal supuesto se consuma violación de la igualdad jurídica (ver cap. XLVI, nº 21).

a") Por otra parte, el principio de que las cuestiones de derecho común o local son ajenas al recurso extraordinario, sufre una importante excepción cuando se trata del recurso extraordinario por *sentencia arbitraria.*

b) Que las *cuestiones de "hecho y prueba"* se apartan del recurso extraordinario tampoco nos parece un dogma verdadero.

Por de pronto, hay cuestiones constitucionales que las incluyen (para el caso de sentencia arbitraria, ver nº 26, 2 b) y para las cuestiones "mixtas", ver nº 32 b).

c) Cuando la Corte sostiene como principio general que lo relativo a la existencia o inexistencia de *cosa juzgada* no reviste carácter federal para su revisión mediante el recurso extraordinario, está contradiciendo —en realidad— su propio criterio afirmativo de que la preservación de la cosa juzgada reviste entidad constitucional en cuanto afecta derechos y garantías constitucionales (seguridad jurídica, derecho de propiedad, defensa en juicio, etc.).

d) En cuanto a que no procede como principio el recurso extraordinario contra resoluciones sobre *competencia de los tribunales judiciales* (salvo en el caso de mediar denegatoria de la jurisdicción de los tribunales federales) advertimos que, en realidad, detrás de la cuestión de competencia subyace directamente una cuestión constitucional muy importante, a ser dirimida siempre por la Corte en instancia extraordinaria, cual es la garantía del "juez natural".

e) El derecho judicial de la Corte retrae asimismo de la cuestión constitucional simple a la *interpretación* de las leyes federales de *naturaleza procesal,* porque considera que normas de tal naturaleza no comprometen el fondo de las instituciones fundamentales que el recurso extraordinario tiende a tutelar.

El principio no nos convence, porque no llegamos a entender que entre la serie de normas federales cuya interpretación surte cuestión constitucional, se fabrique un grupo aparte con las normas procesales que, cuando son federales, son tan federales como las que regulan materias de otra naturaleza federal.

Además, en la actualidad el derecho procesal se halla entrañablemente anclado en el sistema garantista de la constitución (ver Tomo II, cap. XXIV, nºs. 135/136).

¿Cuestiones constitucionales "mixtas"?

22. — a) Si es verdad que una "interpretación" aséptica (lisa y llana) del derecho común o del derecho provincial no cabe en la cuestión federal simple, tenemos que añadir que hay situaciones, tanto de "caso federal simple" como de "caso federal complejo", en las que *el derecho común se introduce "en" o se liga "con" una cuestión constitucional inesquivable;* el recurso extraordinario habilita y obliga a interpretar el derecho no federal para insertarlo en una coordinación coherente dentro del marco constitucional.

Así, si se discute en juicio una norma que, en materia de huelga, priva del salario al personal que se ha abstenido de trabajar, hay cuestión constitucional porque están en juego el alcance y los efectos del derecho de huelga consignado

en el art. 14 bis de la constitución, de forma que aunque la norma sobre salarios caídos sea de derecho no federal hay que interpretarla para decidir si su aplicación al caso es coherente con la cláusula constitucional a la que se vincula con conexidad íntima, y para no desvirtuarla.

b) Algo semejante hemos de decir para las cuestiones *de hecho y prueba,* que se declaran como principio extrañas a la revisión en instancia extraordinaria. Si los hechos y la prueba están tan adheridos y adentrados con la cuestión constitucional que se hace poco menos que imposible separarlos de ella, no debe haber óbice para que la Corte los afronte.

Así, si para dirimir una violación a la intimidad del domicilio, o de la correspondencia, hace falta que la Corte indague e interprete si tal o cual hecho, o tal o cual prueba, tipifican infracciones inconstitucionales, ha de hacerlo sin cortapisa alguna.

Las cuestiones "insustanciales" y las "insuficientes"

23. — Hay cuestiones constitucionales que el léxico de la jurisprudencia de la Corte apoda como insustanciales o baladíes. Ellas no alcanzan a sustentar el recurso extraordinario.

Tales cuestiones anodinas se perfilan en algunos ejemplos. Así, cuando sobre la materia constitucional decidida en el juicio existe jurisprudencia pacífica y constante de la Corte, la sentencia de cualquier tribunal que coincide con ella no es revisable en instancia extraordinaria, a menos que se planteen argumentos serios y convincentes que conduzcan a la posible modificación del criterio judicial imperante.

Con estrecha ligazón aparece el caso de la cuestión constitucional que se acostumbra a llamar "insuficiente". El vocabulario jurisprudencial ha usado a menudo las expresiones "cuestión federal *bastante*" (o suficiente) y "*no* bastante" (o insuficiente). La dosis mayor o menor de la cuestión constitucional depende, a la postre, de lo que la propia Corte en cada caso considera apto para revisar en instancia extraordinaria. Cabría preguntarse si esta válvula de "lo bastante" y "lo insuficiente" no se ha estereotipado ahora —con la ley 23.774— en el *certiorari* (ver acápite V del presente capítulo).

Las sentencias de la Corte Suprema y el recurso extraordinario

24. — a) *La Corte no acepta el recurso extraordinario contra sus propios fallos,* por grave que sea la supuesta violación alegada. Es el corte final que necesariamente hay que dar en la serie de instancias, cuando se alcanza una que ya no tiene alzada.

b) *Dentro de un mismo juicio en el que ya ha intervenido la Corte en instancia apelada, cabe el recurso extraordinario* cuando el tribunal inferior al que fue devuelta la causa para que dictara nuevo fallo (conforme con las pautas que dio la sentencia de la Corte), lo dicta apartándose del anterior fallo de la Corte, o malográndolo, o malinterpretándolo, o frustrándolo.

El nuevo recurso extraordinario tiene, en esas condiciones, el objeto de: b') mantener y dar eficacia al pronunciamiento anterior de la Corte; b") salvaguardar y consolidar la irrevisabilidad de las sentencias de la Corte.

c) *Fuera de uno o más juicios en los que la Corte ya ha dictado sentencia (o sea, en juicios distintos), procede el recurso extraordinario* cuando en un juicio cualquier tribunal dicta una sentencia que se aparta de jurisprudencia sentada por la Corte en casos análogos (fuera de ese juicio), o prescinde de ella, sin dar suficiente razón argumental del por qué aquel tribunal decide en sentido diferente u opuesto a la mencionada jurisprudencia de la Corte. (Ver cap. XLVI nos. 18 a 20).

La arbitrariedad de sentencia como cuestión constitucional

25. — La construcción jurisprudencial de la sentencia arbitraria como apertura del recurso extraordinario no es, para nosotros, una creación "contra legem", ni un supuesto que se haya incorporado en forma autónoma e independiente al art. 14 de la ley 48. Tratándose de una sentencia que, por arbitrariedad, es *inconstitucional*, hay más que fundamento para sostener que se trata de una "cuestión constitucional *compleja directa*".

A nuestro fin, basta decir que en la evolución habida en la jurisprudencia de la Corte desde el caso "Rey c/Rocha", de 1909, se acude a la fórmula de la descalificación como acto jurisdiccional válido cuando la sentencia presenta vicios de *inconstitucionalidad*, aunque la materia resuelta en ella sea de derecho no federal, o de hecho y prueba.

Cuando la sentencia que versa sobre derecho común o sobre cuestiones de hecho y prueba es descalificada por la Corte como *arbitraria*, la inconstitucionalidad implicada en la arbitrariedad hace que la materia *no federal* que resolvió esa sentencia se trueque o convierta en *cuestión federal*.

Remitimos al cap. XLV, nos. 13 a 15.

La tipología de la arbitrariedad

26. — Nos parece importante hacer sumariamente la enumeración de supuestos que tipifican arbitrariedad de sentencia.

1) *Sentencias arbitrarias con relación al derecho aplicable:*

a) la que decide contra-legem (en contra de la ley);

b) la que carece de fundamento normativo;

c) la que sólo se basa en afirmaciones dogmáticas del juez que revelan apoyo en su mera voluntad personal;

d) la que se funda en pautas demasiado latas o genéricas;

e) la que prescinde del derecho aplicable;

f) la que se aparta del derecho aplicable;

g) la que aplica una norma que no se refiere al caso;

h) la que aplica derecho no vigente;

i) la que invoca jurisprudencia que no se refiere al caso;

j) la que aplica una norma referida al caso, pero la desvirtúa y distorsiona en la interpretación que de ella hace para el mismo caso;

k) la que efectúa una interpretación irrazonable o arbitraria de la norma que rige el caso.

2) *Sentencias arbitrarias con relación a las pretensiones de las partes:*

a) en orden al *principio de congruencia:* a') la que omite decidir pretensiones articuladas; a") la que excede las pretensiones de las partes, decidiendo cuestiones no propuestas (el inc. a' implica defecto y el inc. a" implica demasía);

b) en orden a la *prueba* referente a las pretensiones: b') la que omite considerar pruebas conducentes a la decisión, que se han rendido en el proceso; b") la que considera probado algo que no está probado en el proceso; b"') la que se dicta sin que el juez haya adoptado las medidas conducentes para descubrir la verdad material a través de los hechos y la prueba; b"") la que valora arbitrariamente la prueba; b""") la que carece de la motivación suficiente en orden a los hechos y la prueba; b""") la que no toma en cuenta hechos notorios que es innecesario probar.

3) *Sentencias arbitrarias en relación a la irrevisabilidad o inmuta-bilidad de resoluciones o actos procesales:*

a) la que viola la cosa juzgada;

b) la que incurre en exceso de jurisdicción, reviendo en la alzada cuestiones que, por no integrar la materia del recurso, adquirieron fuerza de cosa juzgada en la instancia inferior; c) la que viola la

preclusión procesal; d) la que en el proceso penal incurre en "reformatio in pejus".

4) *Sentencias arbitrarias por exceso ritual manifiesto:*

a) la que desnaturalizando las formas procesales en desmedro de la verdad objetiva o material, utiliza excesivo rigor formal en la interpretación de los hechos o del derecho aplicable (ver cap. XXIV, nº 102);

5) *Sentencias arbitrarias por autocontradicción:*

a) la que usa fundamentos contradictorios o incomprensibles entre sí;

b) la que en su parte dispositiva resuelve en contra de lo razonado en los considerandos que le sirven de fundamento.

27. — Otro agrupamiento con criterios parcialmente diferenciables puede ser el siguiente:

a) *en cuanto al tribunal:*

a') por renunciar conscientemente a la verdad material u objetiva;

a") por despreocuparse evidentemente del adecuado servicio de la justicia;

a"') por convertirse en legislador;

a"") por exceso en su jurisdicción.

b) *en cuanto al derecho:*

b') por apartarse inequívocamente del derecho vigente en relación con la causa;

b") por no ser la sentencia una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa;

b"') por decidir dogmáticamente sin el debido sustento normativo;

b"") por aplicar derecho no vigente;

b""') por incurrir en exceso ritual manifiesto.

c) *en cuanto a la prueba:*

c') por omitir la ponderación de prueba decisiva;

c") por dar como probado lo que no lo está;

c"') por afirmar erróneamente que no hay prueba.

d) *en cuanto al juicio (o proceso):*

d') por violar el debido proceso;

d") por omisión o por exceso en la decisión respecto de las pretensiones y cuestiones propuestas, y de la relación procesal.

Las distintas causales incluidas en los agrupamientos de los nos. 26 y 27 pueden muchas veces conectarse o combinarse entre sí; o sea, una causal puede implicar otra u otras citadas en forma independiente.

La gravedad o el interés institucional

28. — Es importante una somera alusión a los casos en que la Corte abre el recurso extraordinario en cuestiones que ella denomina *"de interés o gravedad institucional"*.

En este supuesto de excepción los *requisitos formales* (o "ápices" procesales —como algunas veces los ha llamado la Corte—) son dejados de lado.

A criterio de la Corte, una cuestión es de *interés* o *gravedad institucional "cuando lo resuelto en la causa excede el mero interés individual de las partes y atañe a la colectividad"*.

La pauta es muy elástica, y cubre supuestos variados, que se vinculan con la *jurisdicción discrecional* de la Corte (ver cap. XLVIII, nos. 106 a 110).

La teoría jurisprudencial de la gravedad institucional ha servido para suavizar requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario (ápices procesales) y hacer procedente el recurso; también para disponer la suspensión de la sentencia inferior recurrida ante la Corte.

29. — Nosotros solamente admitimos la llamada gravedad institucional (o interés institucional) *"dentro" de una cuestión constitucional o federal*, a fin de atenuar lo que se denomina "ápices procesales", es decir, para sortear o ablandar uno o más requisitos formales del recurso, o para moderar su rigor; pero en modo alguno admitimos que con la gravedad institucional se fabrique una causal más o una causal independiente para el andamiento del recurso extraordinario, cuando no se tipifica la cuestión constitucional o federal que él exige.

La cuestión constitucional como "cuestión de derecho"

30. — La cuestión constitucional que se juzga en instancia extraordinaria es siempre una *cuestión de derecho* (derecho aplicable al caso), aunque acaso verse o avance sobre las llamadas cuestiones de hecho y prueba.

Ver cap. XLVII, nº 11.

El recurso extraordinario y el control constitucional "de oficio"

31. — No parece existir contradicción entre las teorías que, como la nuestra, postulan el control constitucional *de oficio* (sin pedido de parte), y la exigencia de que en el régimen del recurso extraordinario la parte interesada deba articular expresamente la cuestión constitucional para que pueda ser resuelta por la Corte.

Es así porque la jurisdicción extraordinaria de la Corte requiere ser provocada por recurso como toda jurisdicción de alzada, y para instarla hay que proponer la cuestión constitucional que habilita su cauce y sobre la cual ha de versar la decisión de la Corte. (Ver cap. XLVII, nº 38).

32. — No obstante agregamos algo importante: si una determinada cuestión constitucional planteada mediante recurso extraordinario (con todas las exigencias propias de éste) está conectada con *otra que no ha sido objeto de planteo,* y si una no puede ni debe resolverse sin la otra, *la no planteada debe ser objeto de control constitucional "de oficio" por la Corte* (por ej., si por recurso extraordinario se tacha de inconstitucional una ley fiscal que se arguye de confiscatoria y se omite impugnarla porque fue dictada por decreto de necesidad y urgencia, la cuestión constitucional propuesta en el recurso —confiscatoriedad de la ley— se enlaza con otra no propuesta —origen de la norma—; la Corte debe resolver también la última, porque debe ejercer control de oficio sobre la norma cuya aplicación rige el caso, tanto en los aspectos propuestos como en los omitidos).

El "iura novit curia"

33. — Cuando la Corte debe resolver un caso en el que ella tiene que decidir el alcance de una *norma federal,* su jurisprudencia sostiene que el tribunal no queda limitado por los argumentos de las partes o de la sentencia recurrida, pudiendo efectuar una interpretación propia. Afirma también que en materia de *derecho federal* está habilitada para aplicar ampliamente el "iura novit curia" y considerar que la cuestión queda sometida a normas diferentes de las que han sido invocadas en el proceso.

Limitar rígidamente tal capacidad operativa de la Corte a los casos que versan sobre derecho federal nos resulta ambiguo porque, en definitiva, si en la instancia extraordinaria siempre debe existir cuestión "federal", y si las cuestiones federales admiten categorías en las que se intercalan normas no federales, creemos que por lo que de "federal" hay necesariamente siempre en el recurso extraordinario, la Corte podría acudir sin distinción de situaciones a sus propias interpretaciones y manejar —como lo debe hacer cualquier tribunal de justicia— el "iura novit curia".

La relación "directa" de la cuestión constitucional con el juicio

34. — *La cuestión constitucional debe guardar relación directa e inmediata con la materia del juicio.* Si la Corte estima que aquella relación directa no concurre, la cuestión constitucional se margina y no resulta objeto de decisión.

Relación directa o estrecha significa que —al revés de relación "indirecta"— el juicio no puede ser sentenciado válidamente si se desprecia y no se resuelve la cuestión constitucional. La razón de esta exigencia proviene del hecho que, si bastara solamente una relación indirecta o lejana entre tal cuestión y la materia del juicio, seguramente todos o casi todos los procesos tendrían aptitud de llegar finalmente a la Corte por recurso extraordinario.

No obstante, el requisito de relación directa o estrecha entre la materia del proceso y la cuestión federal que en él se aduce no ha de servirle a la Corte para escamotear cuestiones constitucionales que, debidamente planteadas y fundadas, se insertan en el juicio y se cuelan a la materia propia de éste. Para nosotros, no deja de haber "relación directa" entre la cuestión constitucional y la materia del juicio por el mero hecho de que una y otra estén intermediadas por derecho no federal, porque la norma o el acto federales que rigen la causa no pierden su inmediatez con ésta aunque los interfiera el derecho común o local. (Puede verse, por conexidad, lo que decimos al tratar las cuestiones mixtas en el nº 22 a).

El gravamen o agravio, y su titularidad

35. — El lineamiento general del recurso extraordinario se vertebra fundamentalmente en preservación de derechos que padecen *gravamen o agravio,* es decir, perjuicio o lesión.

El gravamen tiene que ser *cierto, atendible, actual y subsistente* al tiempo de dictarse la sentencia por la Corte. Su derecho judicial excluye: a) el gravamen que proviene de la propia conducta discrecional del recurrente (así, cuando éste se ha sometido "voluntariamente" a un régimen jurídico que después impugna); b) el gravamen a un derecho que ha sido renunciado por el recurrente; c) el gravamen derivado de la propia negligencia del justiciable; d) el gravamen que resulta ajeno a quien lo invoca.

En este último supuesto, creemos que hay que distinguir si el "tercero" que alega el gravamen, aun no siendo titular del derecho agraviado, tiene interés en la causa en cuanto debe cumplir con una norma o un acto que tilda de inconstitucionales, en cuyo caso debería reconocérsele legitimación suficiente.

36. — Por excepción, el gravamen puede *no ser personal* cuando: a) la ley o el derecho judicial permiten a una persona litigar sin poder en beneficio de otra (por ej., en el habeas corpus); b) un tercero está legitimado para plantear la cuestión constitucional (por ej., el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, una asociación que propende a la defensa de intereses colectivos).

37. — No compartimos, como principio general, el que tiene elaborado el derecho judicial de la Corte cuando sostiene que el *prófugo* que se sustrae voluntariamente a la jurisdicción de los jueces, carece de legitimación para deducir el recurso extraordinario. La Corte dice que no puede invocar a su favor la protección de garantías mediante recursos, aquél que con su propia conducta discrecional ha desconocido el sistema que las confiere.

38. — Si *no subsiste el gravamen* ni sus efectos perjudiciales al tiempo de la sentencia de la Corte, el derecho judicial estima que el caso se ha vuelto "abstracto" porque ha perdido la "materia" justiciable.

39. — Al contrario, la presencia de un agravio que se juzga "irreparable" puede conducir a la apertura del recurso extraordinario en casos donde, como principio, la jurisprudencia lo considera improcedente. Así, el "agravio irreparable" es una válvula que permite equiparar a sentencia definitiva una decisión judicial que no lo es pero que provoca aquel tipo de gravamen.

La legitimación procesal

40. — Cuando la Corte nos dice que si existe un recurso y una instancia disponibles, el justiciable tiene derecho a utilizarlos y no puede impedírsele que lo haga, nos está proporcionando argumento para aseverar que, existiendo la vía del recurso extraordinario, ha de reconocerse con amplitud la *legitimación* de quien pretende acceder a ella para proponerle a la Corte una cuestión constitucional.

Para la legitimación, ver Tomo I, cap. V, nºs. 58/59 y cap. IX, acápite VI; Tomo II, cap. XXIV, nº 14).

La titularidad de un derecho y el perjuicio sufrido

41. — Reduciendo el esquema al mínimo cabe afirmar que para que haya legitimación procesal y para que ella sea judicialmente reconocida, hace falta —como principio— la concurrencia de dos elementos: *titularidad de un derecho*, y *perjuicio* originado por su negación o violación. Cada vez que concepciones egoístas limitan o estrangulan el concepto de lo que es derecho subjetivo, y de lo que es el daño a él inferido, la legitimación sufre desconocimiento o negación y, con ello, el acceso a la justicia —y a la Corte en instancia extraordinaria— queda cercenado.

Algunas aplicaciones

42. — a) No juzgamos inconstitucional que, por inexistencia de la *acción popular* en el orden federal, tampoco haya sujetos legitimados para interponerla.

b) Por igual razón, no es inconstitucional la ausencia de sujetos legitimados para deducir *acción declarativa de inconstitucionalidad pura* a causa de su inexistencia (ver cap. XLVII, nº 46).

Sin embargo, cuando un justiciable pretende ejercer dicha acción en defensa de un derecho suyo porque carece de toda otra vía en el caso concreto, no cabe negarle la legitimación para acceder a la justicia y para interponer el recurso extraordinario a fin de lograrlo. De negársele, se consuma privación inconstitucional de justicia (ver cap. XLVII, nº 47).

43. — Otras variantes son las siguientes:

a) Personalmente, consideramos que es necesario reconocer legitimación a favor de *terceros* que, sin sufrir agravio en un derecho o interés propio, deben cumplir una obligación legal que reputan inconstitucional y lo pretenden alegar para eximirse de cumplirla (ver Tomo I, cap. V, nº 51).

b) Asimismo, ha de admitirse la legitimación de quien comparte, con su personal porción subjetiva, un *interés difuso, o colectivo, o pluraindividual, o supraindividual,* de los que el art. 43 califica como derechos de incidencia colectiva (ver Tomo II, cap. XXVI, nos. 24 a 30).

c) Otros supuestos en los que creemos indispensable la legitimación son los siguientes:

c') el del *prófugo* (ver Tomo II, cap. XXIV, nº 48 g);

c") el de la *víctima de un delito de ación pública* (si es que se le niega su calidad de querellante) (ver Tomo II, cap. XXIV, nos. 14, 28 b, y 36);

c"') el del justiciable que pretende articular una *cuestión política* que se tiene como no judiciable, y no logra reconocimiento (ver cap. XLVII, acápite IV).

44. — Cuando se niega o se estrangula sin razón suficiente la legitimación para proponer una cuestión constitucional y lograr decisión sobre ella, quedan vulnerados: a) el derecho a la *tutela judicial efectiva;* b) la inviolabilidad de la *defensa en juicio* de los derechos; c) el *sistema garantista* de la constitución.

El problema de la legitimación no tolera ser encapsulado rígida y exclusivamente en el derecho procesal, porque cuenta con raíz constitucional. Si no bastara la implicitud para respaldar esta noción, diríamos que cuando el art. 18 enfatiza que es inviolable en juicio la defensa de la persona y de sus derechos, presupone que para esa defensa existe el poder judicial dentro de los órganos del poder, y el derecho de acceder a sus tribunales (derecho a la jurisdicción) del lado de los justiciables, con suficiente legitimación.

La interpretación constitucional favorable

45. — Quizá algunos no llegan a comprender que muchos de esos déficits se superan con una *interpretación* y una *integración constitucionales* adecuadas, dinámicas, holgadas y justicieras que, sin traspasar los parámetros de la constitución, saben bucear en ella.

Para eso, es recomendable el *activismo judicial* razonablemente desplegado en el marco del derecho vigente (ver cap. XLV, nº 52).

Pensamos que el derecho judicial de la Corte no ha alcanzado todavía en plenitud —y que debe alcanzarlo— el nivel de interpretación e integración constitucional necesario para descomprimir una serie de trabas y bloqueos a la legitimación.

La resolución "contraria"

46. — Los tres incisos del art. 14 de la ley 48 condicionan el recurso extraordinario a que la sentencia definitiva que por él se apela ante la Corte contenga *"resolución contraria" al derecho federal que invoca el apelante.*

Seguramente la razón de no discernir la vía recursiva cuando la sentencia favorece ese derecho federal proviene del derecho norteamericano, en el que pareció que si la sentencia era favorable al derecho federal desaparecía el objeto esencial de la revisión extraordinaria. (Ver cap. XLVII, nº 9).

47. — Nuestra visión del recurso extraordinario, incluso al hilo de las evoluciones que ha ido registrando en su funcionamiento, difiere bastante. En efecto, cuando el art. 116 incluye en la jurisdicción de los tribunales federales "*todas* las causas" que versan sobre puntos regidos por *la constitución, las leyes del congreso (federales) y los tratados,* obliga a que tales causas siempre dispongan de un acceso final a la jurisdicción federal (que conforme a la ley 48 es la extraordinaria de la Corte). Ello debe ser así, sin que importe que en la instancia inferior un tribunal provincial haya dictado su sentencia "en favor" o "en contra" del derecho federal, ya que en ambos casos la causa ha versado sobre uno de los aspectos que, por razón de la materia federal, no toleran exceptuarse.

48. — Por eso, enfocando los tres incisos del art. 14 de la ley 48, afirmamos que es menester su reforma a tenor de la siguiente alternativa: a) *suprimir* lisa y llanamente la referencia a la *resolución*

"contraria" y a la *resolución "favorable"*, según el supuesto; o b) mantener el requisito, pero con un agregado en párrafo independiente a tenor del siguiente principio: cuando la cuestión constitucional a que se remiten los tres incisos se articula en una causa que tramita *fuera de la jurisdicción federal,* el recurso extraordinario procederá aunque la decisión impugnada no resulte contraria al derecho federal invocado (o sea, *procederá siempre).*

De no acogerse una de ambas sugerencias, el art. 116 sufre desmedro, porque la ley que regula la jurisdicción apelada de la Corte no puede retacearle las causas que albergan cuestión constitucional (a menos que eventualmente, una vez modificado el sistema del recurso extraordinario, se las derive a un tribunal federal inferior a la Corte).

La articulación procesal de la cuestión constitucional

49. — *Introducir* o articular la cuestión constitucional significa plantearla, formularla, o proponerla, de modo inequívoco, claro, explícito, concreto, y con relación al juicio. Esa introducción de la cuestión constitucional en el juicio debe hacerse *en la primera oportunidad en que la misma cuestión es previsible* y en que resulta posible su planteo.

El *mantenimiento* implica reiteración oportuna de la cuestión constitucional oportunamente planteada. Sin caer en exceso ritual o formalismo sacramental, el mantenimiento debe exteriorizarse en todas las instancias (aunque no en cada acto procesal); la omisión se equipara a abandono o desistimiento de la cuestión constitucional.

50. — Para los requisitos mencionados y el problema del control de oficio, ver nos 31/32.

III. LA SENTENCIA "DEFINITIVA" DEL "TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CAUSA"

El "juicio"

51. — Conviene ahora abordar el requisito de que el tribunal contra cuyo fallo se recurre ante la Corte haya dictado sentencia en un "juicio", que podemos equiparar a *proceso judicial.*

En el derecho judicial de la Corte, y a los efectos del recurso extraordinario, juicio es "todo asunto susceptible de ser llevado ante los tribunales de justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a ese efecto".

La Corte usa como sinónimos los vocablos "juicio", "caso", o "pleito".

No es indispensable que el "juicio" sea *contencioso* o contradictorio, pese a que la regla (equivocada para nosotros) del derecho judicial enuncia que por imperio de la ley 27 la jurisdicción federal sólo puede decidir casos "contenciosos".

El "juicio" puede haber tramitado ante tribunales federales o provinciales.

El requisito de "juicio" se inserta en la trilogía "tribunal judicial-juicio-sentencia definitiva". Ello significa que en el "juicio" debe haberse dictado "sentencia definitiva" por el "tribunal judicial" interviniente; y este tribunal debe haber sido "el tribunal superior *de la causa*".

52. — Debemos destacar que, progresivamente, el derecho judicial fue asimilando de modo excepcional a "juicio", a "tribunal judicial", y a "sentencia definitiva", algunos "procedimientos" seguidos ante "organismos" que *no son tribunales judiciales,* y en los que la "decisión" *no es una sentencia judicial.*

La asimilación se ha hecho porque la Corte ha entendido que a través de tales procedimientos, esos organismos emiten decisiones que, por su naturaleza, *se equiparan a las sentencias de los tribunales judiciales en un juicio.*

Así: a) hasta que los *tribunales militares* tuvieron (en 1984) alzada judicial, sus sentencias fueron susceptibles de recurso extraordinario; b) cuando las decisiones de *tribunales administrativos* y de *organismos jurisdiccionales de la administración* no tienen habilitada una instancia judicial posterior para su revisión, también procede el recurso extraordinario; c) desde 1986, la Corte admite con muy buen criterio el recurso extraordinario en los procedimientos de *enjuiciamiento político* (juicio político) cuando se hallan comprometidos derechos y garantías constitucionales.

La sentencia "definitiva"

53. — Para estar en condiciones de abrir el recurso extraordinario, es menester que el mismo se interponga contra una "sentencia definitiva", que en el respectivo juicio debe haber dictado el "superior tribunal de la causa". ¿Qué es sentencia "definitiva"?

a) Más allá de las distintas connotaciones que busca la doctrina,

podemos adoptar la pauta del derecho judicial, para el cual tiene naturaleza de *sentencia definitiva la decisión que pone fin a la cuestión debatida en el juicio, de forma que tal cuestión no pueda ya renovarse o replantearse ni en ese juicio ni en otro posterior.*

b) Hay que agregar que la Corte considera también como *sentencias definitivas* a todas las decisiones judiciales que *en cualquier etapa del juicio impiden su continuación, o que causan un agravio de imposible, difícil o deficiente reparación ulterior.*

c) El requisito de sentencia definitiva puede asimismo ser eximido cuando sobre la cuestión constitucional anidada en el juicio se dicta una resolución que, sin ser sentencia definitiva, reviste "gravedad institucional".

Es fácil advertir que *no son sentencias definitivas* las que admiten un recurso para ser revisadas; las que no concluyen el proceso ni traban su continuación; las que permiten proseguir la causa judicial por otra vía, etcétera.

La *sentencia "definitiva" de cada juicio ha de haber abarcado y resuelto (o "ha debido" abarcar y resolver, aunque lo haya omitido) la "cuestión constitucional"* inserta en el juicio, que es la materia propia del recurso extraordinario.

54. — Como principio, todo tribunal (federal o provincial) que es competente para dictar la última sentencia en un juicio, está obligatoriamente habilitado a decidir en esa sentencia la cuestión constitucional federal articulada en ese juicio.

Cuando se trata de procesos tramitados ante *tribunales provinciales*, el derecho judicial de la Corte sólo considera sentencia definitiva a la que emana del *superior tribunal de justicia de la provincia* (ver nos. 60/61).

55. — Las decisiones judiciales posteriores a la sentencia definitiva pueden, a su vez, revestir carácter de sentencias definitivas si resuelven un punto o una cuestión que, por "nuevos", son *ajenos* a la anterior sentencia, o si *se apartan* de ésta. No son, en cambio, sentencias definitivas si se limitan sólo a hacer efectiva la anterior sentencia (definitiva) o a interpretar y determinar su alcance de modo razonable.

Las sentencias extranjeras

56. — Conviene decir algo sobre el recurso extraordinario contra *sentencias de tribunales extranjeros*. Es obvio que nuestra Corte carece de jurisdicción para revisarlas o controlarlas. Lo que ocurre es que sentencias extranjeras son susceptibles de reconocimiento o de exequatur en jurisdicción argentina mediante decisión judicial de un tribunal argentino.

Pues bien, la sentencia de tribunal argentino que concede —o no— reconocimiento o exequatur a una sentencia extranjera es susceptible de recurso extraordinario si en el caso concurre la serie de requisitos que se exigen para el remedio federal. O sea que, en rigor, en el supuesto propuesto lo que se impugna mediante la vía recursiva extraordinaria es la sentencia argentina que ha otorgado o denegado el reconocimiento o el exequatur a una sentencia extranjera.

El "tribunal superior de la causa"

57. — En primer lugar, hay que advertir que el texto de la ley 48 no usa la expresión "tribunal superior *de la causa*", sino otra: la de "superior tribunal *de la provincia*".

Decir "superior tribunal *de la causa*", en vez de "superior tribunal *de provincia*" fue una mutación lingüística que derivó del derecho judicial y de la doctrina, pero que más allá del cambio de palabras apuntó a un concepto: el de que "cada" causa (cada juicio) tenía "su" tribunal superior (último), y que no siempre ese tribunal superior era necesariamente el máximo (o último) de una determinada administración judiciaria, porque para una causa "su" tribunal superior podía ser uno, y para otra causa podía ser otro, según la regulación.

¿Cuál era el *tribunal superior "propio" de cada causa* a efectos del recurso extraordinario? Conceptualmente, aquel tribunal que según las instancias procesales de cada juicio o cada causa, tenía *competencia para decidir finalmente y por última vez (dentro de la administración judiciaria a la que pertenecía) la cuestión constitucional federal* que se hallaba involucrada en esa causa (antes de dar el salto a la Corte Suprema de Justicia mediante recurso extraordinario).

Obsérvese que venimos hablando en tiempo pasado. Es así porque *a partir de 1986, con el caso "Strada"*, la Corte comenzó un itinerario en su derecho judicial que difiere mucho del recorrido habitualmente hasta entonces en su jurisprudencia anterior relativa al recurso extraordinario contra sentencias de tribunales provinciales. (Ver nos 60 y 61).

58. — La conceptualización sobre el "tribunal superior *de la causa*" necesita aclararse desde una subdivisión elemental que deriva de aplicar el sentido de "superior tribunal *de la causa*" (de cada una) en jurisdicción *federal*, y en jurisdicción de las *provincias*.

a) En *jurisdicción federal*, cuya última instancia posible es la de la Corte Suprema, cabe decir que "*cada* causa" tiene *su* "superior tribunal" según la índole de esa causa (o proceso) y las instancias que para ella proceden de la ley; normalmente, será un tribunal federal de alzada (o cámara de apelaciones), pero en algunos casos podrá ser un tribunal de primera instancia (juzgado) si es que de su decisión

no hay recurso ante un tribunal de segunda instancia (cámara de apelaciones).

b) En *jurisdicción provincial*, la cuestión difiere: si en un proceso tramitado ante tribunales de provincia se aspira a llegar a la Corte Suprema mediante recurso extraordinario, es imprescindible que, cualquiera sea el sistema judiciario y procesal de instancias para ese caso, *el superior tribunal de esa provincia* (o corte de justicia) *intervenga previamente dictando una sentencia que resuelva la misma cuestión federal que luego llegará a la Corte Suprema*. Tal lo que damos como principio inexorable del derecho judicial de la Corte, en el curso progresivo que arranca del caso "Strada" en 1986. (Ver n$^{os.}$ 60/61).

Quiere decir que *si en un proceso hay cuestión federal, las instancias inferiores a la del superior tribunal —que quedan libradas a la exclusiva regulación provincial— necesitan siempre como última instancia la de ese superior tribunal de la provincia*. Ahora el *Superior Tribunal de las provincias* es siempre el "superior tribunal *de la causa*" (de todas) cuando hay cuestión federal que luego se pretende hacer arribar a la Corte Suprema.

59. — La conclusión es ésta: *en "todos" los procesos que tramitan ante tribunales provinciales y en los que existe una cuestión federal, el superior tribunal de cada provincia tiene jurisdicción y competencia de ejercicio obligatorio (aunque el derecho provincial lo prohíba, o no suministre recursos) para decidir esa cuestión federal con carácter previo al recurso extraordinario ante la Corte Suprema.*

Los superiores tribunales de provincia ahora son necesariamente el "tribunal superior de la causa"

El derecho judicial de la Corte

60. — Un exiguo resumen proporciona este esquema, a partir de 1986:

a) En la sentencia del *caso "Strada"* —de 1986— pareció quedar claro que en cada provincia *el superior tribunal de la misma debía obligatoriamente dictar sentencia sobre la cuestión federal* alojada en un proceso tramitado ante tribunales de esa provincia, pero *solamente cuando de acuerdo con el derecho local era posible llegar hasta la instancia del superior tribunal a través de un recurso* —de cualquier

clase, ordinario o extraordinario— previsto en el propio derecho provincial.

Hasta aquí hubo un paso adelante. Consistió en que la Corte Suprema *obligó* a los superiores tribunales de provincia a decidir las cuestiones federales, pero solamente en la medida en que de acuerdo al derecho provincial el superior tribunal fuera competente en el caso y el justiciable pudiera llegar hasta él mediante un recurso procesalmente previsto, cualquiera fuera su naturaleza.

b) Desde aquí, una serie de sentencias posteriores de la Corte Suprema fueron agravando severamente el requisito de la intervención previa de los superiores tribunales, a partir del *caso "Di Mascio"* —de 1988—.

Podemos sintetizarlo así: *tanto en el caso en que un superior tribunal de provincia es competente de acuerdo al derecho provincial para recibir y decidir, desde instancias provinciales inferiores, un proceso mediante cualquier clase de recurso, como en el supuesto de inexistencia de recurso para incitar su jurisdicción apelada, el superior tribunal de la provincia tiene obligación de dictar sentencia sobre la cuestión federal incluida en ese proceso.*

Si falta esa sentencia, no es posible cruzar el puente hasta la Corte Suprema mediante el recurso extraordinario.

61. — El lineamiento troncal puede resumirse así:

a) Con prescindencia de lo que el derecho provincial tiene establecido en orden a la jurisdicción y competencia de los *superiores tribunales,* todos los procesos tramitados ante tribunales provinciales que incluyen una *cuestión federal,* necesitan que antes de acudir a la Corte Suprema esa cuestión federal sea resuelta por el *superior tribunal de la provincia* respectiva.

b) Toda norma o toda jurisprudencia provinciales que discrepen con esa pauta emanada del derecho judicial de la Corte, son *inconstitucionales,* porque ni las legislaturas provinciales ni la jurisprudencia de los tribunales locales pueden vedar el acceso al superior tribunal de la provincia en las causas que, por contener cuestiones constitucionales federales, son aptas para ser conocidas por la Corte Suprema mediante recurso extraordinario.

c) Tampoco las provincias pueden inhibir la competencia de sus *tribunales locales de instancias inferiores* para decidir cuestiones constitucionales federales que están indisolublemente adheridas a

la materia de la causa que provoca aquella competencia local, cualquiera sea la índole del proceso y la instancia en que esos tribunales intervienen.

Ha de comprenderse bien que si los superiores tribunales de provincia siempre deben resolver las cuestiones federales con carácter preliminar a la instancia extraordinaria de la Corte Suprema, es porque también en las instancias inferiores de cada provincia *todos los tribunales del poder judicial provincial tienen competencia para decidirlas dentro de los procesos a su cargo.*

d) Si *no hay recurso provincial* que haga competente al superior tribunal, o si su competencia es negada o retaceada por el derecho local, el justiciable que pretende llegar a la Corte Suprema debe *acudir al superior tribunal* planteándole: a) la necesidad de que asuma el conocimiento de la causa para resolver la cuestión federal que ella contiene; b) la inconstitucionalidad de cualquier norma o jurisprudencia provinciales que condicionan o bloquean esa competencia. El superior tribunal tendrá el deber de pronunciarse al respecto, con lo que el posterior acceso a la Corte Suprema le quedará expedito al justiciable mediante el recurso extraordinario.

Todo ello porque haya o no haya recursos locales que hagan competente al superior tribunal, éste tiene que pronunciarse sobre la cuestión federal.

e) En los procesos tramitados ante tribunales de provincia que contienen una cuestión federal: e') *el superior tribunal "de la causa"* (de todas y de cualquiera) *es siempre el tribunal superior de esa provincia;* y, e") sólo reviste carácter de *sentencia "definitiva"* para el acceso a la Corte Suprema la que debe dictar obligatoriamente ese mismo superior tribunal provincial sobre la cuestión federal.

62. — Una regla que —según el lineamiento del nº 61— nos parece apropiada para incorporar al derecho público provincial podría tentativamente sugerirse así: "Todo tribunal provincial tiene competencia obligada, en cualquier tipo de causa judicial, para decidir las cuestiones constitucionales de naturaleza federal incluidas en la misma; el superior tribunal de justicia de la provincia es, en su jurisdicción, y a los fines de las referidas cuestiones, el tribunal superior de toda causa para dictar sentencia en ella".

La norma equivalente de la constitución de San Juan puede verse en el cap. XLVII, nº 15.

La perspectiva federalista en orden a la "sentencia definitiva" de los superiores tribunales de provincia

63. — Hay doctrina valiosa que considera una interferencia inconstitucional en las autonomías provinciales, y una paralela invasión a la competencia reservada que tienen las provincias para establecer su propio sistema judiciario y procesal, todo este arsenal de pautas que, a partir de 1986, se ha establecido desde el nivel federal por el derecho judicial de la Corte Suprema.

Hace muchos años, habíamos compartido ese punto de vista. Ahora ya no, y seguramente fue el caso "Strada" el que nos hizo repensar el tema. Con esa jurisprudencia actual de la Corte Suprema, *el federalismo resulta tonificado y reforzado.*

En verdad, la *unidad federal* que componen e integran *las provincias* requiere que éstas participen en una cuestión visceral para esa misma unidad, como es toda *cuestión constitucional federal* que se inserta en un proceso judicial cuyo trámite pertenece, por la autonomía de las provincias, a los tribunales provinciales.

Seguramente, también los principios de *participación federal* y de *lealtad federal* convocan a que los tribunales de provincia compartan con los tribunales federales la defensa de la constitución federal. Es bueno —por eso— que con carácter previo a la decisión final de la Corte Suprema en las cuestiones constitucionales federales, sea el tribunal superior de cada provincia el que asuma su conocimiento y decisión. De este modo, es la provincia a través del órgano máximo de su administración judiciaria local, la que en ejercicio de su autonomía aporta su cooperación y coadyuva a tonificar el federalismo autonómico de nuestros estados provinciales.

IV. EL PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA EXTRAORDINARIA

Las competencias federales y provinciales, y el recurso extraordinario

64. — De lo expuesto en el nº 61 inferimos dos conclusiones que se conjugan y complementan:

a) Para hacer viable la *jurisdicción federal* en su última instancia, conforme al art. 116 en común con el 117, *la regulación del acceso a la jurisdicción de la Corte Suprema desde las jurisdicciones provinciales es competencia exclusiva de las leyes del congreso y del derecho judicial de la propia Corte, con el objeto de prescribir cuál es el "superior tribunal de la causa" y cuál la sentencia "definitiva" recurrible.*

b) La *autonomía provincial* y la *competencia provincial* para

organizar su administración de justicia en los diversos procesos e instancias judiciales, quedan ampliamente resguardadas en el curso íntegro de las causas que tramitan ante sus tribunales, los que por el principio de *supremacía federal* deben resolver las *cuestiones constitucionales federales* hasta agotar las instancias locales ante el *superior tribunal de justicia* (ver nº 63).

65. — ¿Quién decide si una sentencia recurrida en instancia extraordinaria es o no la "sentencia definitiva" dictada por el "superior tribunal de la causa"? Sin abdicar de que serlo o no serlo depende de que haya sido dictada por el superior tribunal de la provincia, y no de lo que establezca el derecho provincial (cuando el juicio adviene a la Corte desde jurisdicción provincial) estamos seguros de que es la Corte Suprema la que, al abordar el recurso extraordinario, tiene siempre competencia común (y no excepcional) para resolver si la sentencia ante ella recurrida es o no definitiva, y emanada o no del superior tribunal de la causa.

El recurso de queja

66. — Si la concesión del recurso extraordinario es denegada por el tribunal ante el cual se debe interponer —que tiene que ser el "tribunal superior de la causa" en la que recayó la sentencia "definitiva" que se apela y, en las provincias, el superior tribunal de justicia local— *se puede acudir en "queja" directamente ante la Corte Suprema*. El recurso de queja —que también se ha denominado recurso "de hecho"— debe reproducir el fundamento del recurso extraordinario denegado y, además, atacar el fundamento de la resolución por la cual lo denegó el tribunal inferior ("superior tribunal de la causa").

El "per saltum" en el carril del recurso extraordinario

67. — Para el "per saltum" como acceso a la instancia extraordinaria de la Corte salteando instancias inferiores, remitimos al cap. XLVIII, acápite XII.

V. LA JURISDICCION EXTRAORDINARIA DE LA CORTE Y EL "CERTIORARI"

Su recepción en la ley 23.774

68. — La ley 23.774, del año 1990, incorporó el certiorari en el art. 280 del código procesal civil y comercial, al que —para el caso

de queja por denegación del recurso extraordinario— remite el art. 285.

Según la nueva norma, la Corte puede, según *su sana discreción y con la sola invocación del art. 280, rechazar el recurso extraordinario* en tres supuestos, que están tipificados así:

a) cuando *falta agravio federal suficiente*;

b) cuando las cuestiones planteadas son *insustanciales*;

c) cuando esas mismas cuestiones *carecen de trascendencia*.

Un agrupamiento de vocablos afines a los que emplea el art. 280 cuando tipifica las tres causales, y que ha sido de uso en el léxico propio del recurso extraordinario tradicional, puede ser el siguiente: cuestiones *insustanciales, insuficientes, baladíes, no bastantes, inatendibles, anodinas, intrascendentes,* etc. (ver nº 23).

69. — a) Fundamentalmente, el certiorari argentino es visto como *negativo*, porque la norma que lo habilita prevé supuestos en que la Corte *puede excluir* su intervención. Aun siendo así, hay un perfil de certiorari *positivo* (implícito) porque ante la diversidad de causas llegadas a la jurisdicción apelada de la Corte, el tribunal que selecciona cuáles excluye en virtud del art. 280 del código procesal, también *opta por cuáles va a conocer y decidir*.

b) En ese ámbito discrecional, la opción de la Corte nos permite sostener con suficiente seguridad que aun cuando el agravio sea insuficiente, o la cuestión sea insustancial o intrascendente, si la Corte entiende que le cabe intervenir está habilitada para hacerlo. Ello en razón de que el art. 280 no dice que "deberá" rechazar el recurso en los supuestos que enuncia, sino que "podrá", lo que apunta al margen de voluntariedad que acabamos de reconocer.

c) Asimismo, aun cuando quepa interpretar que la "ratio legis" de la reforma introducida por la ley 23.774 ha sido la de atribuir discrecionalidad a la Corte para *rechazar* causas que reputa carentes de agravio suficiente, o de sustancialidad o trascendencia, nos parece difícil inferir que la Corte tenga *obligación de conocer* en recursos cuyo agravio es suficiente, o cuya cuestión es sustancial o trascendente.

En suma, *no tiene el deber de excluir* su intervención en las hipótesis en que el art. 280 le da la facultad de hacerlo, *ni el de asumir* necesariamente las contrarias.

d) La discrecionalidad que el art. 280 del código procesal depara a la Corte se ha de entender abarcativa de dos cosas: una es la determinación de *excluir* una causa; otra, la de hacerlo *invocando únicamente la facultad* que le discierne la citada norma o, si prefiere, *fundando el por qué* de la exclusión.

e) La inexistencia de agravio federal suficiente, o de sustancialidad o trascendencia de la cuestión, solamente es evaluada por la propia Corte, de forma que no incumbe al tribunal "a quo" ante el cual se interpone el recurso expedirse sobre tales aspectos cuando dicta la resolución que concede o niega dicho recurso.

70. — No cabe duda de que, tanto si la Corte emplea el certiorari para *restringir* como para *asumir* el acceso de una causa, el certiorari argentino es un instrumento procesal *discrecional* en manos de la Corte. (Ver cap. XLVIII, nos. 106 a 109).

71. — Se formulan *objeciones de inconstitucionalidad* a la habilitación discrecional que el art. 280 confiere a la Corte para rechazar un recurso extraordinario con la sola remisión a dicha norma, sin necesidad de explayar otro fundamento.

No compartimos tal criterio, conforme al siguiente razonamiento:

a) La circunstancia de que el art. 116 de la constitución obligue a que "todas las causas" que por razón de materia componen el bloque de "constitución, leyes (federales) y tratados" tengan posibilidad de acceso último a la jurisdicción federal (en nuestro caso, a la extraordinaria de la Corte), no impide que en el umbral de ese eventual acceso la Corte disponga de una *válvula legal para abrir o cerrar* su intervención. Ello porque el *art. 117* prevé su jurisdicción apelada de acuerdo a las *reglas y excepciones que establezca el congreso,* y tal es lo que ha hecho el congreso al dictar la ley 23.774.

b) El enfoque crítico del rechazo sin explicitar razones, y con la sola cita del art. 280, se conecta con el tema de la *arbitrariedad de sentencia.* Es verdad que la propia Corte descalifica como arbitraria a toda sentencia desprovista de fundamento razonable y que, sin dar ninguno, ella misma rechaza recursos por aplicación del art. 280. No obstante, el vigor aparente de este argumento se debilita si afirmamos que la ley que puede reglar y excepcionar la jurisdicción apelada de la Corte (art. 117), también puede suministrar los parámetros concisos a utilizar por la Corte a su sana discreción, de lo que inferimos que hay suficiente razonabilidad en la norma legal que la autoriza para rechazar recursos sin otra "razón" que la escueta remisión al art. 280.

Nuestra interpretación de la ley 23.774

72. — Como resumen, dejamos sentado nuestro criterio así:

a) el art. 280 del código procesal según ley 23.774 *no es inconstitucional*;

b) tampoco lo es *la habilitación que, con razonabilidad suficiente, permite a la Corte rechazar el recurso extraordinario con la sola cita del art. 280* mencionado, porque la remisión a su sana discreción descarta la arbitrariedad; en suma, no es una autorización incondicionada para incurrir en arbitrariedad, sino un reconocimiento de un margen de arbitrio político-jurídico que reputamos propio de todos los órganos que son cabeza o titulares de un poder;

c) en ejercicio de ese arbitrio razonable, la Corte puede aplicar el certiorari con diversas alternativas: c') para *rechazar* el recurso; c") para *seleccionar* cuál causa va a ser objeto de su tratamiento; c"') no está obligada a conocer en aquéllas cuyo agravio es suficiente, o cuya cuestión es sustancial o tiene trascendencia; c"") cuando excluye una causa (inc. c') puede limitarse a invocar el art. 280, o decidir fundar las razones del rechazo; c""") cuando resuelve la exclusión, y sólo hace remisión genérica al art. 280, no tiene necesidad de señalar cuál de las tres causales en él previstas es la que motiva el rechazo.

CAPÍTULO LI

LA JURISDICCION SUPRAESTATAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. LA JURISDICCIÓN INTERNA Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL. - La jurisdicción internacional en el Pacto de San José de Costa Rica. - La jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no configura "prórroga" de la jurisdicción interna argentina. - La jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no implica violación a la "cosa juzgada" interna. - *El juzgamiento internacional no implica una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina.* - *El juzgamiento internacional no implica un nuevo juicio sobre la "misma materia" juzgada en sede interna.* - El supuesto de una sentencia internacional opuesta a una previa sentencia argentina. - *La jurisdicción de la Corte Interamericana y nuestra jurisdicción interna.*

I. LA JURISDICCION INTERNA Y LA JURISDICCION INTERNACIONAL

La jurisdicción internacional en el Pacto de San José de Costa Rica

1. — Tenemos que abordar un tema inédito hasta hoy en el derecho constitucional argentino, cual es el de una *instancia jurisdiccional supraestatal.* Se trata de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con competencia para entender en presuntas violaciones de nuestro estado a los derechos y libertades reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica.

2. — Al ratificar la República Argentina la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, *acató la jurisdicción internacional* de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* por tiempo indefinido, y la de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* bajo condición de reciprocidad, conforme lo estableció la ley 23.054, aprobatoria de la mencionada convención. El art. 2º de dicha ley dispuso: "reconócese la competencia

de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención, bajo condición de reciprocidad".

La jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no configura "prórroga" de la jurisdicción interna argentina

3. — Hemos sostenido que conforme al art. 116 de nuestra constitución hay *jurisdicción federal improrrogable* de nuestros tribunales en "todas" las causas que versan sobre *puntos regidos por los tratados*. Ello plantea duda acerca de si el acatamiento prestado por nuestro estado a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana configura un supuesto de "prórroga" inconstitucional de la jurisdicción argentina. (Ver cap. XLVIII, nos. 10, 53 y 57).

A nuestro entender, en el caso *no se produce prórroga alguna de la jurisdicción argentina*. En efecto:

a) la prórroga supone que en vez de ser juzgado un caso por tribunales argentinos lo es por tribunales extranjeros; en el supuesto que analizamos, hay que destacar que: a') *la Corte Interamericana es un tribunal internacional* (supraestatal) y no un tribunal de un estado extranjero; a") además, *no se sustituye el juzgamiento por los tribunales argentinos*, ya que para el acceso de un caso a la Corte Interamericana, previa intervención de la Comisión, los particulares denunciantes de violaciones al Pacto de San José deben agotar, como principio, las instancias internas ante los tribunales argentinos (las pocas excepciones a este principio no llegan a desvirtuar nuestra afirmación);

b) a la época de dictarse la constitución no se conocían tribunales "internacionales", de forma que nuestra interpretación sobre la inconstitucionalidad de la *prórroga de la jurisdicción argentina en causas federales por razón de "materia"* (regidas por tratados) sólo puede referirse a la prórroga a favor de tribunales "extranjeros", o sea, de otro estado, y nunca de tribunales internacionales como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ello, consideramos que el supuesto actual careció de previsión en la constitución histórica, y que la integración que hacemos del vacío normativo en el inc. a) es válida;

c) eventualmente, ello se refuerza al tomar en cuenta que ahora el Pacto de San José de Costa Rica tiene *jerarquía constitucional* por

la reforma de 1994, y que en las "condiciones de su vigencia" a que se refiere el art. 75 inc. 22 de la constitución ha de darse por incluido —para Argentina— el acatamiento a la jurisdicción supraestatal que colacionamos en el nº 2.

La jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no implica violación a la "cosa juzgada" interna

4. — Si un proceso judicial concluido en jurisdicción argentina (inclusive con sentencia de la Corte) deja abierta la posibilidad de que después se provoque la jurisdicción de la Corte Interamericana en razón de estar en debate que nuestro estado violó un derecho o una libertad consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, cabe preguntarse: ¿se trata de una "revisión" internacional semejante a una instancia de apelación?; ¿se despoja al fallo del tribunal argentino de su carácter de "definitivo"?; ¿se enerva la cosa juzgada interna?

El juzgamiento internacional no implica una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina

5. — A nuestro criterio, el acatamiento argentino a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no implica instituir una suerte de juicio en dos instancias (una interna y otra internacional), porque *la Corte Interamericana no actúa como tribunal de alzada respecto del tribunal argentino que falló en sede interna, ni revisa —por ende— su sentencia.* Se trata de un *proceso internacional* que es independiente del tramitado ante tribunal argentino, o sea, de un "*nuevo* juicio" distinto del anterior finiquitado en sede interna.

De todos modos, aunque el proceso internacional resulte autónomo, hay que saber si se vuelve a juzgar "de nuevo" lo *mismo* que "ya se juzgó" en el anterior proceso interno ante tribunales argentinos. A ello dedicamos el nº 6.

El juzgamiento internacional no implica un nuevo juicio sobre la "misma materia" juzgada en sede interna

6. — En primer lugar, lo que la Corte Interamericana decide con fuerza de cosa juzgada versa sobre la *interpretación y aplicación de la Convención* (Pacto de San José), en orden a establecer si el estado parte (en el caso, Argentina) ha violado o no un derecho o una libertad contenidos en la misma Convención.

En segundo lugar, si bien es cierto que el Pacto de San José de Costa Rica forma parte de nuestro ordenamiento interno, la Corte

Interamericana lo interpreta y aplica en cuanto *tratado internacional* que obliga a nuestro estado tanto en jurisdicción interna como en jurisdicción internacional, y cuando verifica y falla que ha sido violado no toma en consideración los mismos argumentos ni la misma "materia" que han juzgado previamente los tribunales argentinos (incluida nuestra Corte Suprema).

Decir esto significa recordar que *la Corte Interamericana no entra al análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad que de acuerdo al derecho interno pueden afectar al acto o la omisión acusados de violatorios al Pacto ante la jurisdicción supraestatal*, lo que demuestra que no hay identidad total de "materia" entre lo juzgado en sede interna y lo que se juzga en sede internacional.

Por ende, tampoco se afecta la cosa juzgada de la sentencia argentina que, en última instancia, hay que obtener —como principio— para luego poder acudir a la jurisdicción supraestatal.

El supuesto de una sentencia internacional opuesta a una previa sentencia argentina

7. — La situación más delicada se configura, sin duda, si en un proceso judicial ante tribunales argentinos se dicta una sentencia que, en aplicación de la Convención, resuelve que no se ha violado el derecho o la libertad presuntamente agraviados y, posteriormente, la Corte Interamericana decidiera que Argentina ha violado dicho derecho o dicha libertad.

En ese caso, *habría sobre la misma violación dos decisiones opuestas: una interna* (argentina) *y otra internacional.*

La oposición referida no significa, para nosotros, óbice alguno. Ya anticipamos en el nº 6 que lo que se juzga en jurisdicción interna primero y previamente, y lo que se juzga a posteriori en jurisdicción internacional, *no es la "misma" cuestión en su total dimensión,* atento fundamentalmente a la diferencia parcial del derecho aplicable.

Es útil insistir en que la sentencia que eventualmente puede dictar la Corte Interamericana afirmando que Argentina violó un derecho reconocido en el Pacto de San José no se ocupa ni preocupa por saber si, internamente, esa misma violación ha implicado o no una inconstitucionalidad, porque la Corte Interamericana no confronta las normas del Pacto con las de nuestro derecho interno. Y esto es lo que interesa una vez que, consentida la jurisdicción supraestatal por nuestro país, se asume el riesgo de que una sentencia de la Corte Interamericana

sea susceptible de resultar opuesta a la que, en instancia final, se ha dictado anteriormente en jurisdicción interna.

La jurisdicción de la Corte Interamericana y nuestra jurisdicción interna

8. — Nuestra comprensión de la doble jurisdicción —una interna y otra internacional— nos lleva a sostener que ni la Corte Suprema de Justicia ha dejado de ser "Suprema" (y última instancia en nuestra jurisdicción interna) ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal que revisa —o eventualmente "revoca"— sentencias argentinas. Se trata de *dos jurisdicciones separadas que no intervienen en un mismo proceso,* porque cada una se mueve en su órbita propia, y las respectivas intervenciones no configuran instancias sucesivas de un mismo proceso.

Remitimos al cap. XLII, nº 15, y cap. XLVIII, acápite XI.

9. — En consecuencia, hay que afirmar que: a) contra las sentencias de la Corte Interamericana no procede en jurisdicción argentina ningún recurso, ni siquiera el extraordinario ante nuestra Corte Suprema; b) la eventual discrepancia entre una sentencia de tribunal argentino y la posterior de la Corte Interamericana no tiene ninguna instancia ante la cual plantearse; c) la sentencia de la Corte Interamericana hace *obligatorio* su cumplimiento en jurisdicción argentina.

CAPÍTULO LII

EL TITULO SEGUNDO DE LA CONSTITUCION SOBRE "GOBIERNOS DE PROVINCIA"

I. LOS ARTÍCULOS 121 A 129. - Su significado e inventario. - *El vocabulario.* - *El articulado.* - II. EL ESTATUTO ORGANIZATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. - Su naturaleza y contenido. - Remisiones.

I. LOS ARTICULOS 121 A 129

Su significado e inventario

1. — El título segundo de la constitución fue siempre una especie de abreviatura de competencias que, en parte, sistematizaba mucho de lo que contenía el texto constitucional en el resto de sus normas.

Este perfil no ha desaparecido con la reforma de 1994, pero ha recibido retoques con *nuevas competencias* que ahora se agregan, y con la inserción de ese también *nuevo sujeto de la relación federal* que es la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Bien que con insistencia hemos recalcado que la ciudad de Buenos Aires no se equipara a una provincia, la inclusión del art. 129 en este sector de la constitución reviste el alcance, a nuestro criterio, de servir como presunción favorable a la autonomía de la ciudad cada vez que haya que despejar dudas o interpretar congruentemente normas ambiguas, y hasta para integrar carencias normativas. Ello en todo cuanto hace a la situación de la ciudad autónoma en relación con su condición de capital federal y con las autoridades y competencias del gobierno federal.

2. — a) Para *el poder en el derecho local,* ver este Tomo III, cap. XXX, acápite V.

b) Para los *gobiernos locales* como "Autoridades de la Nación",

este Tomo III, cap. XXX, nº 57.

c) Para la entidad político-jurídica de las *provincias en general,* ver Tomo I, cap. VIII, nos. 13 a 19.

d) Para *el federalismo en la reforma de 1994,* ver Tomo I, cap. VIII, acápite IX.

El vocabulario

3. — El tradicional dualismo de "estado federal-provincias" nos acostumbró a hablar de gobierno *federal* y gobiernos *provinciales,* y de las respectivas competencias calificadas con los dos mismos adjetivos.

La actual intercalación del *gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires,* no siempre permite darlo por incluido implícitamente con la mención de los gobiernos "provinciales" y sus recíprocas competencias, porque la ciudad no es una provincia y no se la equipara, ni por naturaleza ni por competencia.

De ahí que, a veces, y en cuanto haya semejanza de la ciudad con las provincias, pueda genéricamente hacerse referencia a *gobiernos "locales"* y a *competencias "locales",* si es que una cuestión determinada habilita a subsumir en esa categoría común a lo provincial y a lo propio de la ciudad.

El articulado

4. — *Art. 121:*

a) Para los *poderes no delegados por las provincias* al gobierno federal, ver Tomo I, cap. VIII, nos. 7 a 12.

b) Para la *ciudad autónoma de Buenos Aires,* ver este Tomo III, cap. XXX, nos. 62 y 63.

c) Para el *reparto de competencias,* ver Tomo I, cap. VIII, nº 10; este Tomo III, cap. XXX, nº 64.

El art. 121 se liga a la prohibición que enuncia el *art. 126* cuando dice que "las provincias no ejercen el poder delegado a la nación".

d) Para los nuevos supuestos de *competencias concurrentes* en la reforma de 1994 entre estado federal y provincias, ver:

d') en relación con el *art. 41* sobre el *ambiente,* Tomo II, cap. XV, nos. 13, 14, 17 y 18;

d") en relación con el *art. 75 inc. 17* sobre los *pueblos indígenas,* este Tomo III, cap. XXXIV, acápite V, especialmente nº 37;

d"') en relación con el *art. 75 inc. 2º* sobre *contribuciones indirectas*

y coparticipación federal impositiva, Tomo II, cap. XIX, nos. 43 y 44.

5. —*Art. 122:*

La norma describe, en convergencia con la primera parte del art. 123, la expresión de las autonomías provinciales. Debe relacionarse con la *garantía federal* que depara el art. 5º (ver Tomo I, cap. VIII, nº 48) y con el remedio excepcional de la *intervención federal* (Tomo I, cap. VIII, acápite VII).

6. —*Art. 123:*

a) Para la *supremacía federal,* ver Tomo I, cap. VIII, nos. 4 a 6 y 8; cap. IX, acápite V.

b) Para la *autonomía municipal,* ver Tomo I, cap. VIII, acápite III.

c) Para la *competencia tributaria de los municipios,* ver Tomo II, cap. XIX, acápite III.

7. —*Art. 124:*

a) Para la *regionalización,* ver Tomo I, cap. VIII, acápite IV.

b) Para los *convenios internacionales,* ver Tomo II, cap. XXIX, nos. 48 a 51.

c) Para los *recursos naturales,* ver Tomo I, cap. VIII, nos. 25 a 28.

8. —*Art. 125:*

El primer párrafo, que mantiene el texto del anterior art. 107, se liga al viejo art. 67 inc. 16 —hoy art. 75 inc. 18— y agrega *competencias concurrentes* sin usar tal denominación.

a) Para los *tratados parciales,* ver Tomo II, cap. XXIX, nos. 46 y 47.

b) El nuevo segundo párrafo del art. 125 puede desdoblarse:

b') Para las *competencias locales* en materia de *seguridad social,* ver Tomo II, cap. XXII, nos. 24 a 26.

b") Para *el progreso económico,* hay que destacar una competencia *concurrente* entre *estado federal, provincias y ciudad de Buenos Aires,* relacionando la norma de este *art. 125* con la análoga que en el *art. 75 inc. 19 primer párrafo,* atribuye al congreso "proveer la conducente al progreso económico con justicia social".

b"') Para *el desarrollo humano,* ídem. Ver también Tomo II, cap.

XVI, nº 22 a), a'), a"), a"'); este Tomo III, cap. XXXIV, nº 42.

b"") Para *la generación de empleo,* ídem al inc. b").

b""") Para *la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura,* ídem. Ver también Tomo II, cap. XIII, nºs. 12 a 21; este Tomo III, cap. XXXIV, nº 43, incisos a) a f).

b""") En general, ver también Tomo II, cap. XIV, nº 38.

9. —*Art. 126:*

a) Para su *interpretación,* ver Tomo II, cap. XX, nº 65.

b) Para las *prohibiciones:*

b') Sobre el ejercicio de *poderes delegados* al gobierno federal, ver Tomo I, cap. VIII, nº 12 a);

b") Sobre competencias en materia de *comercio* y *navegación,* Tomo II, cap. XIV, nº 35, y cap. XIX, nºs. 58 a 61;

b"') Sobre *aduanas,* Tomo II, cap. XIX, acápite IV;

b"") Sobre materia *bancaria* y *monetaria,* este Tomo III, cap. XXXIV, nºs. 20 y 24.

10. —*Art. 127:*

Ver Tomo I, cap. VIII, nº 20 b) y 21; para los límites interprovinciales, este Tomo III, cap. XLVIII, nº 77.

11. —*Art. 128:*

Los *gobernadores de provincia* (que son "Autoridades de la Nación") asumen el *deber federal* de hacer cumplir la constitución y las leyes.

12. —*Art. 129:*

Ver Tomo I, cap. VIII, acápite V, y lo indicado con relación al art. 121 en el nº 4 inc. b).

II. EL ESTATUTO ORGANIZATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Su naturaleza y contenido

13. — El art. 129 dio la denominación de "Estatuto Organizativo" al ordenamiento que debía dictar —y que dictó en 1996— el órgano de origen electivo convocado al efecto.

Arduo debate se suscitó en torno de esa denominación. ¿El Estatuto *era o*

no era una "constitución" para la ciudad autónoma?

No es propio de este Manual terciar en la disputa que, por otra parte, nos parece estéril, como tampoco lo es el análisis de su contenido. Le dedicamos tan sólo un sucinto comentario por la novedad que en nuestra estructura federativa ha significado la introducción de este nuevo ente político como sujeto de la relación federal.

Más allá de la discusión de vocabulario, recordemos que el preámbulo del Estatuto concluye afirmando que los representantes del pueblo de la ciudad "sancionamos y promulgamos la presente *constitución* como *Estatuto Organizativo* de la ciudad de Buenos Aires".

14. — El articulado comienza así:

"Artículo 1º. - La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, *organiza sus instituciones autónomas* como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. Todos los actos de gobierno son públicos. Se suprimen en los actos y documentos oficiales los títulos honoríficos de los funcionarios y cuerpos colegiados.

La Ciudad *ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal."*

"Artículo 2º. - La Ciudad de Buenos Aires se denomina de este modo o como "Ciudad *Autónoma* de Buenos Aires".

"Artículo 3º. - Mientras la Ciudad de Buenos Aires sea *Capital de la República* su Gobierno coopera con las autoridades federales que residen en su territorio para el pleno ejercicio de sus poderes y funciones..."

(La bastardilla es nuestra.)

El texto del Estatuto es sumamente extenso; tiene 140 artículos y 24 cláusulas transitorias. El contenido abarca principios generales; una detallada declaración de derechos y garantías; una serie de políticas especiales que cubren un arco amplio de materias y cuestiones, para luego entrar al detalle de la estructura orgánica y funcional del poder.

15. — Una sola reflexión merece no ser omitida.

Cuando se promulgó el Estatuto surgieron objeciones centradas fundamentalmente en el argumento de que, por no ser una consti-

tución, había excedido sus límites al desarrollar una "parte dogmática" que, según ese enfoque, le era impropia y ajena.

La debilidad del alegato cae sin esfuerzo cuando, más allá nuevamente del nombre asignado al Estatuto y hasta de su naturaleza ontológica, damos por seguro que todo ordenamiento jurídico-político destinado a una comunidad territorialmente demarcada y dotada de autonomía incluye y resuelve necesariamente en su contenido —sea breve o extenso— *dos cuestiones:* a) la *manera de situar a las personas* en esa comunidad (parte dogmática), y b) la *organización del poder* (parte orgánica).

Que acaso la primera cuestión quede silenciada en la implicitud, no desmiente nuestra convicción. Nunca una convivencia social afincada geográficamente deja fuera de su organización jurídico-política la materia referida al modo como los seres que comparten aquella convivencia quedan instalados en sus relaciones con el poder y entre sí mismos.

Si al término "Estatuto Organizativo" que consigna el art. 129 se lo pretendió circunscribir a la "organización" de la estructura de poder, se olvidó que además de un "estado-*aparato*" siempre hay inescindiblemente unido un "estado-*comunidad*", según enseña Pablo Lucas Verdú, y que se trata de las dos caras de una misma moneda: la convivencia política.

En la ciudad de Buenos Aires hay seres humanos que conviven; un "Estatuto" que organiza a la ciudad los abarca y los instala, y cuando organiza al poder lo organiza "para" proveer al bienestar de los convivientes.

Remisiones

16. — Reiteramos las siguientes:

a) Tomo I

cap. VI, nos. 27 a 29;

cap. VIII, acápite V, nos. 43 y 46; y nº 66;

b) Tomo II

cap. XVIII, nº 27;

cap. XIX, nos. 46, 50, 52 y 53;

cap. XXII, nº 26;

cap. XXIX, nº 50;

c) Este Tomo III
cap. XXX, nos. 57 y 58; y 62/63;
cap. XXXI, nº 4;
cap. XXXIV, nº 72;
cap. XXXV, nos. 75 y 77; 85; 107;
cap. XXXVII, nº 11;
cap. XXXVIII, nº 123;
cap. XLII, acápite VII.

BIBLIOGRAFIA*

* En la selección efectuada para ordenar este resumen bibliográfico hemos priorizado las publicaciones de los últimos años, reduciendo en mucho las anteriores.

I. OBRAS GENERALES

—González, Joaquín V., "Manual de la constitución argentina", Ed. Estrada, Bs. As., 1951.
—Bidegain, Carlos María, "Curso de Derecho Constitucional", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994 (varios tomos).
—Midón, Mario A. R., "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1997.
—Colautti, Carlos E., "Derecho Constitucional", Ed. Universidad, Bs. As., 1996.
—Ekmekdjian, Miguel A., "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Depalma, Bs. As., 1991.
—"Tratado de derecho constitucional", Ed. Depalma, Bs. As., 1993/97 (varios tomos).
—"Temas constitucionales", La Ley, Bs. As., 1987.
—Vanossi, Jorge Reinaldo A., "Teoría Constitucional", Ed. Depalma, Bs. As., 1975/76.
—Dalla Vía, Alberto R., "Constitución de la Nación Argentina", Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1994.
—Sagüés, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", 2 Tomos, Ed. Astrea, Bs. As., 1997.
—Gamboa, Ramón Alberto, "Derecho constitucional federal", Ed. El Graduado, Tucumán, 1996.
—Quiroga Lavié, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina comentada", Ed. Zavalía, Bs. As., 1996.
—"Lecciones de Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Bs. As., 1995.
—"Derecho Constitucional", 3ª ed., Ed. Depalma, Bs. As., 1993.
—Gil Domínguez, Andrés, "En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques sobre la reforma de 1994", Ed. Ediar, Bs. As., 1997.
—Natale, Alberto, "Comentarios sobre la Constitución", Ed. Depalma, Bs. As., 1995.
—Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, "La Constitución Reformada", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1994.
—De autores varios, "Comentarios a la reforma constitucional", Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Bs. As., 1995.
—García Lema, Alberto, "La reforma por dentro", Ed. Planeta, Bs. As., 1994.
—"La nueva constitución argentina", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre 1994, nº 19.

—Ziulu, Adolfo Gabino, "Derecho constitucional", Tomo I, Ed. Depalma, Bs. As., 1997.
—González Gómez, Pedro M., "Correlación de instrumentos internacionales y constitucionales provinciales con la Constitución Nacional", Ed. Tercer Milenio, Corrientes, 1995.
—De autores varios (coordinadores G. J. Bidart Campos y H. R. Sandler), "Estudios sobre la reforma constitucional de 1994", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Bs. As., 1995.
—De autores varios, "Leyes reglamentarias de la reforma constitucional - Pautas y sugerencias fundamentales", Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Bs. As., 1996.
—De autores varios, "La Constitución reformada", Ministerio del Interior, Bs. As., 1996.
—De autores varios, "La reforma de la Constitución", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
—Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., "La Constitución de los argentinos", Bs. As., 1994.
—Mignone, Emilio F., "Constitución de la Nación Argentina, 1994. Manual de la reforma", Ed. Ruy Díaz, Bs. As., 1994.
—Zarini, Helio Juan, "Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Bs. As., 1992.
—"Constitución argentina", Ed. Astrea, Bs. As., 1996.
—"La constitución argentina en la doctrina judicial", Ed. Astrea, Bs. As., 1975.
—Avila Ricci, Francisco Miguel, "Nueva constitución nacional desde la historiografía institucional argentina", Salta, 1997.
—Mooney, Alfredo Eduardo, "Derecho Constitucional", Ed. Atenea, 2ª ed., Córdoba, 1995.
—"Derecho Público Provincial", 2ª ed., Córdoba, 1993.
—Arce, José, "La constitución argentina en la teoría y en la práctica", Ed. Depalma, Bs. As., 1961.
—Mercado Luna, Ricardo, "Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Bs. As., 1980.
—Barraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydée, "El control de la administración pública", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.
—Dalla Vía, Alberto, Graña, Eduardo, Sisinni, Nicolás y Basterra, Marcela, "Manual de teoría del estado y del gobierno", Ed. de Belgrano, Bs. As., 1997.
—De autores varios, "Perspectivas de la democracia y sus problemas", PRONDEC, Bs. As., 1997.
—Belluscio, Augusto César, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", La Ley, 24/II/95.
—Pérez Guilhou, Dardo y otros (libro colectivo), "Derecho Público Provincial", 3 tomos, Ed. Depalma, Bs. As., 1990/91/93.
—"Atribuciones del congreso argentino", 3 tomos, Ed. Depalma, Bs. As., 1986.
—Hernández, Antonio María (h.), "Derecho municipal", T. I, Ed. Depalma, Bs. As., 1997.

—Losa, Néstor Osvaldo, "El derecho municipal en la constitución vigente", Ed. Abaco, Bs. As., 1995.
—Rosatti, Horacio Daniel, "Tratado de derecho municipal", 3 tomos, Rubinzal-Culzoni Ed., Santa Fe, 1987/88/91.
—Frías, Pedro J., "El federalismo argentino. Introducción al Derecho Público Provincial", Ed. Depalma, Bs. As., 1980.
—Frías y otros (libro colectivo), "Derecho Público Provincial", Ed. Depalma, Bs. As., 1985.
—Frías y otros (libro colectivo), "Las nuevas constituciones provinciales", Ed. Depalma, Bs. As., 1989.

I'. TEMAS SOCIOECONOMICOS

—Quiroga Lavié, Humberto, "El orden económico constitucional", La Ley Actualidad, 28/VI/88.
—Corti, Horacio Guillermo, "La actividad financiera en la constitución", La Ley, 1995-E, sección doctrina, p. 360.
—"Mercado y derecho: una aproximación constitucional", Periódico Económico Tributario, La Ley, año V, nº 121, 22/XI/96.
—"Crítica y defensa de la supremacía de la constitución", La Ley, 6/XI/97.
—"La actividad financiera desde la constitución", La Ley, 24/X/95.
—Dalla Vía, Alberto Ricardo, "Constitución económica e interpretación reciente", Ed. Estudio, Bs. As., s/f.
—Vanossi, Jorge Reinaldo, "La reforma constitucional y la economía", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 1996.
—García Belsunce, Horacio A., "El sistema económico de la constitución", Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XXXIIII, 2ª época, nº 26.
—Ray, José Domingo, "Economía y derecho", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XXXIII, 2ª época, nº 26.
—Ghersi, Carlos A., "La posmodernidad jurídica. Una aproximación al análisis de los excluidos en el derecho", La Ley, 8/V/97.
—Bidart Campos, Germán J., "La economía y la constitución de 1853-1860", El Derecho, 7/XI/85.
—De autores varios (Coordinador: Germán J. Bidart Campos), "Economía, constitución y derechos sociales", Ed. Ediar, Bs. As., 1997.

II. TEMAS POR CAPITULOS

CAPÍTULO I

—Bidart Campos, Germán J., "Valor justicia y derecho natural", Ed. Ediar, Bs. As., 1983.

—"Filosofía del derecho constitucional", Ed. Ediar, Bs. As., 1969.
—Orozco Henríquez, José de Jesús, "El derecho constitucional consuetudinario", UNAM, México, 1983.
—Chiappini, Julio, "Nuevas categorías de normas 'constitucionales'", La Ley Actualidad, 5/XII/96.
—Sagüés, Néstor Pedro, "La 'fuerza normativa' de la constitución y la actividad jurisdiccional", El Derecho, 6/XI/96.
—Santiago, Alfonso (h.), "La relación entre derecho natural y derecho positivo en el sistema jurídico argentino", La Ley, 25/VII/97.

CAPÍTULO II

—Demicheli, Alberto, "Formación nacional argentina", Ed. Depalma, Bs. As., 1971.
—Bidart Campos Germán J., "Historia política y constitucional argentina", Ed. Ediar, T. I, Bs. As., 1976.
—Lemon, Alfredo, "El preámbulo de la constitución", Breviarios de Derecho Constitucional, Córdoba, 1994.
—Pina, Rolando E., "Cláusulas constitucionales operativas y programáticas", Ed. Astrea, Bs. As., 1973.
—Díaz Ricci, Sergio, "Introducción a las mutaciones constitucionales", Separata del Tomo III de la Revista Jurídica nº 28, Universidad Nacional de Tucumán.
—Sagüés, Néstor Pedro, "El concepto de legitimidad de la 'interpretación constitucional mutativa'", El Derecho, 23/V/80.

CAPÍTULO III

—Bidart Campos, Germán J., "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", Ed. Ediar, Bs. As., 1988.
—"La interpretación del sistema de derechos humanos", Ed. Ediar, Bs. As., 1994.
—Vigo, Rodolfo Luis, "Interpretación constitucional", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993.
—Hoyos, Arturo, "La interpretación constitucional", Ed. Temis, Santafé de Bogotá, 1993.
—Orgaz, Alfredo, "Los jueces y las leyes injustas", El Derecho, T. 75, p. 757.
—Donati, José Humberto, "Sobre el tema de los jueces y las leyes injustas", El Derecho, 6/VI/78.

CAPÍTULO IV

—Gelli, María Angélica, "Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994", La Ley, 5/VII/95.

—Dalla Vía, Alberto Ricardo, "El ideario constitucional argentino", La Ley, 12/VII/95.
—Serrano, María Cristina, "Acrecimiento de la dogmática constitucional", Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XII, nº 121, mayo 1996.
—Laclau, Martín, "La interpretación de la constitución y los valores", El Derecho, 15/X/93.

CAPÍTULO V

—Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad", Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1992.
—Bazán, Víctor, "Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino", Revista "Entre Abogados", Foro de Abogados de San Juan, año IV, nº 8.
—Jiménez, Eduardo Pablo, "Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos", El Derecho, 10/VII/95.
—Fernández Segado, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", separata de "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez", Ed. Civitas SA.
—Villaverde, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, 1996, nº 8.
—Fernández Rodríguez, José Julio, "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil", Revista Vasca de Administración Pública, mayo 1995, nº 42.
—Sagüés, Néstor Pedro, "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro", La Ley, 7/VII/97.
—Dalla Vía, Alberto Ricardo, "¿Hacia la constitución supranacional?", La Ley, 13/IX/96.
—De autores varios (Víctor Bazán Coordinador), "Desafíos del control de constitucionalidad", Bs. As., 1996.
—Vicente, Daniel Eduardo y Rodríguez, Jorge L., "Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994", El Derecho, 10/VII/95.
—Barroso, Fernando, "La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos", El Derecho, 10/VII/95.

CAPÍTULO VI

—Spota, Alberto Antonio, "Origen y naturaleza del poder constituyente", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1970.

—"Legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994", La Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
—Quiroga Lavié, Humberto, "El poder constituyente en acción", Ed. Abaco, Bs. As., 1996.
—Cueto Rúa, Julio C., "Sobre la constitucionalidad de reformas constitucionales. El caso 'Coleman vs. Miller'", El Derecho, 2/VII/90.
—Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, "La naturaleza jurídico-política de la Convención Reformadora y las restricciones contenidas en el artículo 5º de la ley declarativa nº 24.309 (Opinión Académica)", Bs. As., 1994.
—Bidegain, Carlos María, García Belsunce, Horacio y Sánchez Sañudo, Carlos A., "A propósito del alcance del artículo 30 de la constitución nacional", La Ley, 1º/IX/94.
—Bidart Campos Germán J., "El control judicial sobre el reglamento de la Convención Constituyente: la 'cláusula cerrada'", El Derecho, 5/VII/94.
—"El amparo que dejó cerrada la cláusula 'cerrojo' en la Convención Constituyente", 19/VIII/94.
—"Un fallo de la Corte sobre el reglamento interno de la Convención Constituyente", El Derecho, 17/VIII/94.
—"Notas sobre el carácter abierto y eficaz de nuestro poder constituyente originario", Revista Jurídica de San Isidro, T. IV, 1970.

CAPÍTULO VII

—Rey Caro, Ernesto J., "El mar territorial y la plataforma continental. Jurisdicción de la nación y de las provincias", Cuadernos de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, nº 13, 1980.
—Ramayo, Raúl Alberto, "La extradición, el nacional y la prórroga de la jurisdicción penal", El Derecho, 30/VI/95.
—Spota, Alberto Antonio, "La democracia como filosofía y esencia del derecho público en los umbrales del siglo XXI", La Ley, 28/IV/95.
—Bidart Campos, Germán J., "La pérdida de la nacionalidad argentina nativa es inconstitucional", El Derecho, T. 84, p. 895.
—"Las obligaciones en el derecho constitucional", Ed. Ediar, Bs. As., 1987.
—Ziulu, Adolfo Gabino y Ramírez, Luis, "La ley de nacionalidad y ciudadanía: una deuda pendiente del congreso de la nación", El Derecho, 26/VI/96.
—Trillo, José María, "La nacionalidad argentina por opción y la reforma introducida por el decreto 231/95 para su otorgamiento a los menores de 18 años", El Derecho, 2/V/96.
—Vandunciel de Moroni, María del Carmen, "Objeción de conciencia y deber militar", Ed. Ediar, Bs. As., 1989.
—Leonardi de Herbón, Hebe Mabel, "La objeción de conciencia en el constitucionalismo y legislación contemporánea", Informe Joven, año I, 1992, nº 3.

CAPÍTULO VIII

—Frías, Pedro J., "La provincia argentina", Córdoba, 1976.
—"La regionalización del país", La Nación, 18/X/96.
—"El federalismo en la reforma constitucional", La Ley, 4/X/94.
—"La descentralización", La Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
—Demicheli, Alberto, "Origen federal argentino", Ed. Depalma, Bs. As., 1962.
—Rosatti, Horacio Daniel, "El federalismo argentino como técnica y como ideario", en el libro colectivo "Dos ensayos de ciencia política", Bs. As., 1986.
—Segovia, Juan Fernando, "El federalismo y la nueva constitución. La reforma 'unitaria' de 1994", El Derecho, Temas de Reforma Constitucional, 22/IX/95.
—Mercado Luna, Ricardo, "Competencia y voluntad 'creadora' de regiones en la constitución nacional", La Ley, 21/VII/97.
—Bianchi, Alberto B. y Seville Salas, Viviana, "La región patagónica - Una primera concreción del regionalismo", La Ley, 11/XII/96.
—De Simone, Orlando, "El dominio originario de los recursos naturales", La Ley, 24/VI/97.
—Hernández, Antonio María (h.), "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Ed. Depalma, Bs. As., 1997.
—Gauna, Juan Octavio, "Poder central y poder local", La Ley, 24/IX/96.
—Cassagne, Juan Carlos, "La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y la autonomía a la luz de la constitución reformada", La Ley, 1º/III/95.
—Sagués, Néstor Pedro, "El principio de 'lealtad federal'", El Derecho, 23/VI/92.
—Dugo, Sergio O., "La solución de los conflictos limítrofes interprovinciales. Un nuevo enfoque que nos imponen 180 años de vida independiente", El Derecho, 12-13/IX/90.
—Marienhoff, Miguel S., "La supuesta autonomía municipal", La Ley, 17/IV/90.
—Castorina de Tarquini, María Celia, "Federalismo e integración", Ed. Ediar, Bs. As., 1997.
—De autores varios, "El municipio argentino" (Compiladores: Alejandro Gómez y Néstor O. Losa), Centro Editor de América Latina, Bs. As., 1992.

CAPÍTULO IX

—Ayala Corao, Carlos M., "El derecho de los derechos humanos", El Derecho, 9/XII/94.
—Haba, Enrique P., "Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica", Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Costa Rica, nº 31, enero-abril 1977.
—Vernengo, Roberto J., "Derechos humanos absolutos y relativos", Boletín de

la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, año 7, nº 55, julio 1990.
—Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Comprensión jurística de la persona", El Derecho, 16/IV/91.
—Colautti, Carlos E., "Derechos humanos", Ed. Universidad, Bs. As., 1995.
—Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., "Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos", El Derecho, 10/VII/95.
—Jiménez, Eduardo Pablo, "Los derechos humanos de la tercera generación", Ed. Ediar, Bs. As., 1997.
—Bidart Campos, Germán J., "Teoría general de los derechos humanos", Ed. Astrea, Bs. As., 1991.
—"Las obligaciones en el derecho constitucional", Ed. Ediar, Bs. As., 1987.
—"Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Tomo V: "El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial, Ed. Ediar, Bs. As., 1994.
—Ekmekdjian, Miguel Angel, "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", La Ley, 26/XII/84.
—"De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles", El Derecho, 19/VII/85.
—Quiroga Lavié, Humberto, "Los derechos subjetivos y la participación social", Ed. Depalma, Bs. As., 1985.
—"Los derechos humanos y su defensa ante la justicia", Ed. Temis, 1995.
—Marienhoff, Miguel S., "Responsabilidad extracontractual del estado, derivada de su actividad pública, y distinción de las obligaciones como de 'medio' o de 'resultado'", El Derecho, 16/V/94.
—"Responsabilidad 'extracontractual' del estado por las consecuencias dañosas de su actividad 'lícita' desplegada en el ámbito del derecho 'público'", El Derecho, 24/IV/96.
—"Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud 'omisiva' en el ámbito del derecho público", El Derecho, 9/IX/96.
—Albanese, Susana, "Indivisibilidad, interrelación, e interdependencia de los derechos", El Derecho, 13/XII/94.
—"Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1990-III.
—"En la búsqueda de la eficacia del sistema de protección internacional de los derechos humanos: el Protocolo nº 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", El Derecho, 21/XI/95.
—"Promoción y protección internacional de los derechos humanos", Ediciones La Rocca, Bs. As., 1992.
—"La titularidad del derecho y el Pacto de San José de Costa Rica", El Derecho, 10/XII/91.
—"Panorama de los derechos humanos en la reforma constitucional", El Derecho, 11/VII/95.
—"Interacción entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el ámbito interno - Funciones de los órganos de control",

El Derecho, Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17/IV/95.

—"Derechos Humanos", 2 tomos, Ed. de Belgrano, Bs. As., 1997.

—Rodríguez Cuadros, Manuel, "La integración de los sistemas internacionales y nacional de protección de los derechos económicos y sociales", Revista "Derechos Humanos", Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, año 3, nº 3, junio 1996.

—De autores varios, "Estudios especializados de Derechos Humanos" I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996.

—Barcesat, Eduardo S., "Derecho al derecho", Ediciones Fin de Siglo, Bs. As., 1993.

—"El universo del art. 19 de la constitución nacional", El Derecho, 30/I/97.

—Gusman, Alfredo Silverio, "El principio de legalidad y el acto administrativo discrecional", La Ley, 30/I/97.

—Linares, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes", Ed. Astrea, Bs. As., 1970.

—Sagüés, Néstor Pedro, "Mundo jurídico y mundo privado", J.A., 8/VII/75.

CAPÍTULO X

—Leonardi de Herbón, Hebe, "El principio de igualdad. Igualdad 'ante la ley' y teoría de la constricción de la justicia formal", El Derecho, 15/X/92.

—Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Bs. As., 1992.

—Mosset Iturraspe, Jorge, "El derecho a la intimidad (artículo 32 del código civil)", J.A., 10/III/75.

—Goldschmidt, Werner, "El derecho a la intimidad", El Derecho, 27/XII/84.

—Sagüés, Néstor Pedro, "Mundo jurídico y mundo privado", J.A., 8/VII/75.

—Ferreira Rubio, Delia Matilde, "El derecho a la intimidad", Ed. Universidad, Bs. As., 1982.

—Albanese, Susana, "El objetor de conciencia y la tendencia actual en la comunidad internacional", El Derecho, 31/VIII/88.

—Valdunciel de Moroni, María del Carmen, "Objeción de conciencia y deber militar", Ed. Ediar, Bs. As., 1989.

—Bidart Campos, Germán J., "La revisión de una condena penal por cambio en la jurisprudencia de la Corte (Ley penal más benigna, derecho judicial más benigno, e igualdad constitucional)", El Derecho, T. 141, p. 97.

—"El aporte de la egología al derecho constitucional con el axioma ontológico de la libertad", El Derecho, 14/III/89.

CAPÍTULO XI

—Navarro Floria, Juan G., "Iglesia, estado y libertad religiosa en la constitución

reformada en la República Argentina", El Derecho, 29/XI/95.
—"El nuevo proyecto de ley de cultos o de libertad religiosa", El Derecho, Legislación Argentina, Boletín nº 21, 27/VI/97.
—"Las confesiones religiosas distintas de la Iglesia Católica en el derecho argentino", El Derecho, 23/IV/93.
—Frías, Pedro José, "Treinta años del Acuerdo Argentina-Santa Sede", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 1996.

CAPÍTULO XII

—Pellet Lastra, Arturo, "La libertad de expresión", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993.
—Fayt, Carlos S., "La omnipotencia de la prensa", La Ley, Bs. As., 1994.
—Pizzolo Calogero (h.), "Democracia, opinión pública y prensa", Ediciones Jurídicas Cuyo, Bs. As., 1997.
—López Ulla, Juan Manuel, "Libertad de informar y derecho a expresarse", Universidad de Cádiz, 1994.
—Ancarola, Gerardo, "Libertad de prensa y responsabilidad de la prensa", El Derecho, 26/III/97.
—Rivera, Julio C., "El derecho de réplica, rectificación o respuesta", La Ley, 1985-E, p. 786.
—"Admisión del derecho de réplica como derecho subjetivo implícito en la constitución nacional", El Derecho, T. 123, p. 114.
—Sagüés, Néstor Pedro, "La censura previa judicial de la prensa. Problemática constitucional", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T. XXVII, Córdoba, 1988.
—Mercado Luna, Ricardo, "Secreto de las fuentes de información", J.A., 15/IV/70.
—Ballester, Eliel, "El secreto de la fuente de noticias", J.A. 1966-V, sec. doctrina.
—"Derecho de respuesta", Ed. Astrea, Bs. As., 1987.
—Ekmekdjian, Miguel Angel, "En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas", El Derecho, 26/X/92.
—"El derecho a la dignidad y la libertad de prensa", La Ley, 10/VII/86.
—"Derecho a la información", Ed. Depalma, Bs. As., 1992.
—Alterini, Atilio Aníbal y Filippini, Aníbal, "Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo", La Ley, 8/VII/86.
—Romero, César E., "El derecho de respuesta frente a la libertad de prensa", J.A. 1962-IV, 3, sec. doctrina.
—Zambrano, María del Pilar, "La desafortunada aplicación de la doctrina de la real malicia al ámbito de la responsabilidad penal", El Derecho, 13/X/96.
—Morello, Augusto Mario, "¿Es prescindible la doctrina de la 'real malicia'?", La Ley, 16/IX/97.

—Bustamante Alsina, Jorge, "La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la 'actual malice'", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de "Anales", año XLII, 2ª época, nº 35, 1997.
—"El derecho de réplica debe ser reglamentado solamente por el congreso de la nación", La Ley, 1986-E, p. 978.
—Bianchi, Enrique Tomás, "La doctrina 'Campillay'", La Ley, 15/IV/97.
—Bidart Campos, Germán J., "El derecho de réplica está vigente, y goza de buena salud constitucional", El Derecho, 16/IX/94.
—"El bien jurídico tutelado por el derecho de réplica", Revista JUS, La Plata, 1986, nº 38.

CAPÍTULO XIII

—Gil Domínguez, Andrés y Richarte, Darío, "El derecho a la educación en la reforma constitucional", El Derecho, Temas de Reforma Constitucional, 29/VI/95.
—De Estrada, Juan Ramón, "Enseñanza privada y servicio público", El Derecho, 5/VIII/86.

CAPÍTULO XIV

—Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", La Ley, 3/VI/91.
—Galdós, Jorge Mario, "El principio 'favor debilis' en materia contractual. Algunas aproximaciones", La Ley, 28/VII/97.
—Sanguinetti, Horacio, "El derecho de reunión", Separata de la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 2ª serie, año VIII, nºs. 3/4/5, 1967.
—Bidart Campos, Germán J., "La Corte Suprema y el divorcio vincular", El Derecho, T. 121, p. 522.
—"El estado ¿dispensador del reconocimiento a las asociaciones?", El Derecho, 4/XII/90.

CAPÍTULO XV

—Gelli, María Angélica, "La competencia de las provincias en materia ambiental", La Ley, 21/X/97.
—Lorenzetti, Ricardo, "La protección jurídica del ambiente", La Ley, 22/X/97.
—"La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur", La Ley, 3/XII/96.
—Ray, José Domingo, "Responsabilidad por contaminación ambiental", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de

"Anales", año XLI, 2ª época, nº 34, Bs. As., 1997.
—Natale, Alberto A., "Legislación, administración y jurisdicción en materia ambiental", La Ley Actualidad, 26/XII/96.
—Alterini, Atilio Aníbal, "El consumidor en la sociedad postmoderna", La Ley 22/X/96.
—Cassagne, Juan Carlos, "Sobre la protección ambiental", La Ley, 4/XII/95.
—Jiménez, Eduardo Pablo y Constantino, Juan Antonio, "Intereses difusos: su protección. Efectos y alcances", El Derecho, T. 142, p. 834.
—Morello, Augusto Mario, "La defensa de los 'intereses difusos' y el derecho procesal", J.A. 1978-III, p. 321.
—Dalla Vía, Ricardo Alberto y López Alfonsín, Marcelo Alberto, "Aspectos constitucionales del medio ambiente", Ed. Estudio, Bs. As., 1994.
—López Alfonsín, Marcelo Alberto, "El medio ambiente y los derechos colectivos en la reforma constitucional", Ed. Estudio, Bs. As., 1995.
—Franza, Jorge Atilio y Tomá, Pedro Bautista, "Manual de derecho ambiental", Ediciones Jurídicas, Bs. As., 1995.
—Rovere, Marta Brunilda, "Medio ambiente y salud pública: compilación de jurisprudencia comentada", CIEDLA, Bs. As., 1997.
—De Santis, Gustavo Juan, "La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la constitución nacional después de la reforma", La Ley, 23/VIII/95.
—García Pullés, Fernando Raúl, "Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente", La Ley, 15/II/95.
—Walsh, Juan Rodrigo, "El medio ambiente en la nueva constitución argentina", La Ley, Suplemento de derecho ambiental, nº 1, 6/XII/94.
—Valls, Mario F., "Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la constitución", El Derecho, 24/VIII/94.
—Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño Ambiental", Revista Instituta. Colegio de Abogados de Junín, año 1, nº 5.
—Sabsay, Daniel Alberto, "La protección del medio ambiente a través del llamado amparo colectivo, a propósito de un fallo de la justicia entrerriana", El Derecho, 16/IX/96.
—Bloy René, "Los delitos contra el medio ambiente en el sistema de la protección del bien jurídico", La Ley Actualidad, 7/III/95.
—Bustamante Alsina, Jorge, "El orden público ambiental", La Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
—Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor", La Ley, 17/X/97.
—Trigo Represas, Félix A., "Protección de consumidores y usuarios", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", Año XLI, 2ª época, nº 34, Bs. As., 1997.
—Coria, Silvia, Devia, Leila, Gaudino, Erica, "Integración, desarrollo sustentable y medio ambiente", Ed. Ciudad Argentina. Bs. As., 1997.
—Stiglitz, Gabriel A., "Protección jurídica del consumidor", Ed. Depalma, Bs. As., 1986.

—Sabsay, Daniel Alberto y Tarak, Pedro, "El acceso a la información pública, el ambiente y el desarrollo sustentable", FARN, Manual nº 3, 1997.
—Toricelli, Maximiliano, "Los alcances del artículo 43 párrafo 2º: ¿Una doctrina consolidada?", La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 8/IX/97.

CAPÍTULO XVI

—Sagüés, Néstor Pedro, "Los derechos no enumerados en la constitución nacional", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, T. XIV-1985, Bs. As., 1986.
—Cifuentes, Santos, "Los derechos personalísimos", Bs. As.-Córdoba, 1974.
—"Derechos personalísimos", El Derecho, 13/X/83.
—Trigo Represas, Félix A., "Protección constitucional de los derechos personalísimos", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XL, 2ª época, nº 33, Bs. As., 1996.
—Bidart Campos, Germán J., "Interpretación constitucional y legal. Vida, integridad corporal, familia y justicia", El Derecho, T. 91, p. 264.
—De autores varios, "Derecho al desarrollo", Instituto de Investigaciones jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja - Depto. de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, Bs. As., 1997.
—Puccinelli, Oscar Raúl, "¿Derecho constitucional a la reparación?", El Derecho, 25/IV/96.
—Andruet, Armando S. (h.), "Dignidad humana. Intimidad personal y Sida", El Derecho, 13/V/97.
—Zavala de González, Matilde, "El derecho de daños. Los valores comprometidos", La Ley, 22/XI/96.
—Jiménez, Eduardo Pablo, "Los derechos implícitos de la tercera generación. Una nueva categoría expansiva en materia de derechos humanos", El Derecho, 6/V/96.
—Gelli, María Angélica, "El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino: problemas y cuestiones", La Ley, 1º/III/96.
—Lemon, Alfredo, "La dignidad de la persona desde la constitución nacional", El Derecho, 24/VI/96.
—Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil por violación del derecho a preservar la propia imagen", El Derecho, 10/II/97.
—López Alfonsín, Marcelo A., "La constitucionalidad de un nuevo paradigma: el desarrollo humano", Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XI, nº 116, diciembre 1995.

CAPÍTULO XVII

—Sagüés, Néstor Pedro, "Indexación constitucional e indexación inconstitucional", La Ley, 3/IV/78.

—Carnota, Walter F., "La jerarquización de la propiedad privada según la Corte Suprema de los Estados Unidos", El Derecho, 11/VI/96.
—Padilla, René A., "Ley de minusvalía 24.283, conocida como 'ley de desindexación'", La Ley, 13/VIII/96.
—Vicent, Jorge J. P., "Deudas no consolidables según la jurisprudencia. El lento retorno a la constitución", El Derecho, 3/X/95.
—Rondina, Homero, "En arte, diseño, ciencia y tecnología, los derechos de autor", El Derecho, 12/XII/95.
—Bidart Campos, Germán J., "La indexación de las deudas dinerarias como principio constitucional", El Derecho, T. 72, p. 702.
—Bustamante Alsina, Jorge, "El valor de la moneda en la evolución de la jurisprudencia de los tribunales nacionales", El Derecho, 27/III/85.
—"Reflexiones en torno de la ley 23.928 llamada de convertibilidad del austral", El Derecho, 25/IV/91.

CAPÍTULO XVIII

—Valiente Noailles, Carlos, "Inaplicabilidad de la ley 24.823 a las indemnizaciones por expropiación", El Derecho, 5/VII/96.
—Marienhoff, Miguel S., "La nueva ley nacional de expropiación", J.A., 23/III/77.
—"La nueva ley nacional de expropiación: su contenido", J.A., 4/V/77.
—Maiorano, Jorge Luis, "La expropiación en la ley 21.499", Bs. As., 1978.
—de Jesús, Marcelo Octavio, "Sistemas alternativos al dinero como compensación por expropiaciones (La expropiación de dinero)", El Derecho, T. 142, p. 877.
—Bianchi, Alberto, "La declaración de utilidad pública como causa de la expropiación irregular", El Derecho, 29/II/84.
—Bidart Campos, Germán J., "Expropiación irregular o inversa y abandono de la expropiación", El Derecho, 8/XII/82.

CAPÍTULO XIX

—García Vizcaíno, Catalina, "Los tributos frente al federalismo", Bs. As., 1975.
—Spisso, Rodolfo R., "Tutela judicial efectiva en materia tributaria. La Corte Suprema y el abandono de la buena doctrina", El Derecho, 19/IV/95.
—"Derecho constitucional tributario", Ed. Depalma, Bs. As., 1991.
—"Tutela judicial efectiva en materia tributaria", Ed. Depalma, Bs. As., 1996.
—García Belsunce, Horacio A., "El nuevo régimen constitucional tributario", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XL, 2ª época, nº 33.

—"Tributación y confiscación", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XXXIV, 2ª época, nº 27.
—"La interpretación en el derecho tributario", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 2ª época, año XXIX, nº 22.
—"La autonomía del derecho tributario frente a la legislación tributaria provincial", El Derecho, 8-9/IV/80.
—Decia, Guillermo C., "Exenciones fiscales federales y competencias esenciales de los municipios", El Derecho, 26/X/93.
—Martínez Ruiz, Roberto, "La acción de repetición de pago y el derecho tributario", La Ley, 9/VI/77.
—Bulit Goñi, Enrique, "Reflexiones en torno de la acción declarativa de inconstitucionalidad en materia tributaria, el principio 'solve et repete' y el Tratado de San José de Costa Rica", "Rentas", año IX, nº 1.
—Zarza Mensaque, Alberto, "Recursos financieros municipales", Apartado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1982/83, años XLVI y XLVII.
—De autores varios (Coordinador: Horacio A. García Belsunce), "Estudios de derecho constitucional tributario", Ed. Depalma, Bs. As., 1994.

CAPÍTULO XX

—Frías Pedro J., "La justicia social, mandato constitucional", El Derecho, 11/VIII/95.
—"Estado social de derecho o catálogo de ilusiones", La Nación, 25/IV/87, p. 7.
—Spota, Alberto Antonio, "Nueva dimensión política de lo económico", La Ley, 3/V/95.
—Lloveras, Nora, y Servent, Marcela, "El derecho constitucional y las políticas sociales básicas", La Ley, 29/VII/97.
—Bidart Campos, Germán, J., "La re-creación del liberalismo", Ed. Ediar, Bs. As., 1982.
—"Los equilibrios de la libertad", Ed. Ediar, Bs. As., 1988.
—Vanossi, Jorge Reinaldo A., "El estado de derecho en el constitucionalismo social", Ed. Eudeba, Bs. As., 1987.
—Alvarez Magliano, M. Cristina, "Los principios rectores del derecho del trabajo en la jurisprudencia de la Corte Suprema", Revista Trabajo y Seguridad Social, nº 9, setiembre 1993.
—Vázquez Vialard, Antonio, "Los recientes cambios normativos y culturales en materia de derecho del trabajo en la Argentina", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XLI, 2ª época, nº 34, Bs. As., 1997.
—"El trabajo humano", Bs. As., 1970.

CAPÍTULO XXI

—De la Fuente, Horacio Héctor, "Estudio de derecho comparado acerca de la intervención del estado en la negociación colectiva", La Ley, 26/V/95.
—Goldín, Adrián O., "Representatividad sindical y sindicato único en la Argentina", Trabajo y Seguridad Social, nº 6, junio 1996.
—Ramírez Bosco, Luis, "Diversificación de niveles y sujetos de la negociación colectiva", Trabajo y Seguridad Social, nº 12, diciembre 1995.
—Izquierdo, Roberto, "Reflexiones sobre el deber de negociar y la ultraactividad del convenio a propósito de la intervención del estado en la negociación colectiva", Trabajo y Seguridad Social, nº 8, agosto 1995.
—Carcavallo, Hugo R., "Derogación por ley de las normas de los convenios colectivos", El Derecho, 18/VIII/95.
—"La invalidación judicial de los decretos sobre la negociación colectiva", Trabajo y Seguridad Social, nº 3, marzo 1997.
—López Justo, "Autonomía privada colectiva", J.A., 5/X/70.
—Bidart Campos, Germán, J., "El convenio colectivo de trabajo, y su derogación por el poder ejecutivo en virtud de delegación legislativa", El Derecho, 16/III/94.
—"El convenio colectivo de trabajo como fuente contractual y extraestatal", El Derecho, T. 45, p. 815.
—Méndez, María del Rosario, "Relación entre norma estatal y autonomía colectiva", Trabajo y Seguridad Social, nº 9, setiembre, 1994.
—Mercado Luna, Ricardo, "Estabilidad del empleado público", Bs. As., 1974.

CAPÍTULO XXII

—Vanossi, Jorge Reinaldo, "Carácter de derecho común de las normas de seguridad social", J.A., 21/VII/76.
—Carnota, Walter F., "El amparo previsional en el contexto de la reforma constitucional", El Derecho, 2/III/95.
—"Los poderes públicos y la seguridad social", Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 16/VIII/96.
—Rouzaut, Adolfo R., "Fundamento constitucional de la seguridad social", Santa Fe, 1962.
—Bidart Campos, Germán, J., "El mandato constitucional del art. 14 bis no se limita al legislador", El Derecho, T. 127, p. 326.
—"La inicua ley de 'insolidaridad' economicista nº 24.463", El Derecho, 31/X/95.

CAPÍTULO XXIII

—Corcuera, Santiago H., Dugo, Sergio O., y Lugones, Narciso Juan, "Actualidad

en la jurisprudencia sobre cuestiones electorales", La Ley, 28/V/97.
—Alice, Beatriz L., "La nominación de candidatos para cargos públicos electivos: artículo 38 de la constitución nacional", La Ley, 8/IV/97.
—Comadira, Julio Rodolfo y Muratorio, Jorge I., "La constitucionalización de los partidos políticos", La Ley, 25/IX/95.
—Mercado Luna, Ricardo, "Iniciativa popular: ¿Cláusula declarativa o real instrumento de democracia participativa?", La Ley Actualidad, 13/VII/95.
—Zolezzi, Daniel, "Los cargos electivos y un monopolio constitucional", El Derecho, 28/VIII/95.
—Frías, Pedro J., "La emancipación del elector y sus opciones", La Nación, 5/V/92, p. 9.
—Bidart Campos, Germán J., "El ligamen constitucional-federal de las candidaturas provinciales", El Derecho, 2/II/96.
—"La legitimación de los ciudadanos y de los partidos para ser parte en procesos judiciales sobre cuestiones electorales", El Derecho, 21/VIII/90.
—"Legitimidad de los procesos electorales", Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, Costa Rica, 1986.
—Albanese, Susana, "Ley de cupos femeninos para los cargos electivos: resarcimiento histórico", El Derecho, 9/XII/91.
—Sabsay, Daniel Alberto, "Consideraciones en torno al sistema electoral", Revista Propuesta y Control, II época, año XVI, Bs. As., 1992, nº 21.
—Loñ, Félix R., "La iniciativa popular", J.A., 18/VI/97.

CAPÍTULO XXIV

—Morello, Augusto M., "El proceso justo en el marco del modelo del acceso a la justicia", El Derecho, 31/III/95.
—"La persona y el derecho procesal", El Derecho, 18/VII/96.
—"Renovación del derecho procesal civil", El Derecho, 26/III/96.
—"La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario", El Derecho, 18/X/96.
—Morello, Augusto Mario y Stiglitz, Gabriel A., "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos", J.A., 16/X/85.
—Bidart Campos, Germán J., "El Pacto de San José de Costa Rica y el acceso fácil a la justicia", El Derecho, 17/V/90.
—"El juez natural en los recursos judiciales", El Derecho, 1º/IX/78.
—"La duración razonable del proceso penal y la prisión preventiva (Pacto de San José de Costa Rica y ley 24.390)", El Derecho, 28/III/95.
—"La doble instancia en el proceso penal", El Derecho, 5/VII/95.
—"La condena penal y la inviolabilidad de la correspondencia de los presos", El Derecho, 18/XII/95.
—"La retroactividad de la ley penal más benigna rige en Argentina en forma imperativa por fuente de tratados internacionales", El Derecho, 27/IX/91.
—Fernández Segado, Francisco, "Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para

la protección jurisdiccional de los derechos", Revista Vasca de Administración Pública, nº 39, mayo-agosto 1994.
—Sagüés, Néstor Pedro, "Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales", El Derecho, 6/XI/96.
—"El juicio penal oral y el juicio por jurados en la constitución nacional", El Derecho, T. 92, p. 905.
—"La instancia judicial plural penal en la constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica", La Ley, 21/X/88.
—Bielsa, Rafael A. y Graña, Eduardo R., "El tiempo y el proceso", La Ley, 27/II/95.
—Bianchi, Alberto B., "Apuntes en torno al concepto de juez natural, con particular referencia a los jueces administrativos", El Derecho, 20-23/V/88.
—Vitale, Gustavo L., "La prisión de presuntos inocentes", Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, año 1, nº 1, 1993.
—Vicente, Daniel Eduardo, "Personas privadas de la libertad. Sus derechos de jerarquía constitucional federal", La Ley, 15/X/96.
—De Luca, Javier Augusto y Manríquez, Gloria, "Condena sin acusación", La Ley, 22/III/95.
—De autores varios (Coordinador: Augusto M. Morello), "Tutela procesal de las libertades fundamentales", JUS, La Plata, 1988.
—De autores varios (Coordinador: Eduardo Pablo Jiménez), "Garantías constitucionales", Ediciones Suárez, Mar del Plata, 1997.
—Carrió, Alejandro D., "Violaciones constitucionales en materia penal y la doctrina del fruto del árbol venenoso", La Ley, 28/IV/88.
—"Garantías constitucionales en el proceso penal", Bs. As., 1984.
—Spota, Alberto Antonio, "Juicios por jurados", El Derecho, T. 170, p. 1217.
—Madariaga, Rodolfo E., "Inserción del juicio por jurados en el ordenamiento procesal penal argentino", El Derecho, 29/VII/97.
—Salvadores de Arzuaga, Carlos I., Miranda, Verónica y Mardones, Anahí, "El juicio por jurados", El Derecho, 15/V/97.
—Battaglia, Alfredo, "Carácter penal de la sanción administrativa", El Derecho, 12/II/97.
—Bertolino, Pedro J., "Interés público, garantías individuales y crisis del proceso penal", La Ley, 19/XI/87.
—"El exceso ritual manifiesto", La Plata, 1979.
—Hooft, Pedro Federico, "Sistemas penales y derechos humanos: El control judicial suficiente en la ejecución de la pena", El Derecho, 29/IV/92.
—Moscato de Santamaría, Claudia B., "El principio de congruencia en el ordenamiento procesal penal de la nación", La Ley, 12/IX/97.
—Rizzo Romano, Alfredo H., "Responsabilidad civil de los jueces y funcionarios judiciales. El punto de vista de un juez", La Ley, 19/IV/95.
—Raspi, Arturo Emilio, "La responsabilidad del estado por error judicial en materia penal; el indulto y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", El Derecho, 25/VII/97.

—Sagarna, Fernando Alfredo, "La responsabilidad del estado por daños por la detención preventiva de personas", La Ley, 30/X/96.
—Colautti, Carlos E., "El derecho a indemnización por error judicial en la constitución nacional", La Ley, 12/IV/95.
—González Novillo, Jorge A. y Figueroa, Federico G., "El recurso extraordinario federal y el tribunal intermedio", El Derecho, 13/XI/96.
—Hitters, Juan Carlos, "El derecho procesal constitucional", Revista "Ius et Praxis", Universidad de Lima, nos. 21-22, enero-diciembre 1993.
—"Algo más sobre el proceso transnacional", El Derecho, 4/V/95.
—"Imposibilidad de empeorar la situación del recurrente. Prohibición de la 'reformatio in peius'", El Derecho, 26/XII/84.
—Blanco, Luis Guillermo, "Sobre la magnitud de las penas", El Derecho, 10/XI/92.
—Gambier, Beltrán, "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo", J.A., 8/VII/92.
—Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "El proceso transnacional", Bs. As., 1992.

CAPÍTULO XXV

—Spota, Alberto Antonio, "La división de poderes en la emergencia", El Derecho, 13/II/92.
—Fraidenraij, Susana, "La protección de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia", El Derecho, 16/I/92.
—Zovatto G., Daniel, "Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina", Caracas-San José, 1990.
—Vanossi, Jorge Reinaldo A., "El derecho de preferir la salida del territorio argentino", J.A., 6/VII/77.

CAPÍTULO XXVI

—Spota, Alberto Antonio, "Análisis de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la constitución nacional", El Derecho, Temas procesales, 31/VIII/95.
—Morello, Augusto M., "El derrumbe del amparo", El Derecho, 18/IV/96.
—"El amparo después de la reforma constitucional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XL, 2ª época, nº 33.
—Gelli, María Angélica, "La silueta del amparo después de la reforma constitucional", La Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
—Palacio, Lino Enrique, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", La Ley, 7/IX/95.
—Dalla Vía, Alberto Ricardo, "¿Amparo o desamparo? (En la reforma constitucional de 1994)", El Derecho, Temas procesales, 31/VIII/95.

—Rivas, Adolfo A., "Pautas para el nuevo amparo constitucional", El Derecho, Temas de Reforma Constitucional, 29/VI/95.
—"El amparo", Ed. La Rocca, Bs. As., 1987.
—Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "La legitimación para obrar y los derechos difusos", Revista Voces Jurídicas, Mendoza, T. 3, agosto 1996.
—"La noción de 'afectado' a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo", La Ley, 6/VIII/96.
—"El derecho de amparo", Ed. Depalma, Bs. As., 1995.
—Gordillo, Agustín, "Un día en la justicia: Los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la constitución nacional", La Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
—Morello, Augusto M., y Vallefín, Carlos A., "El amparo. Régimen procesal", Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1992.
—Jiménez, Eduardo Pablo, "Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación", El Derecho, 23/I/97.
—Sagüés, Néstor Pedro, "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo", La Ley, 9/X/95.
—"Derecho constitucional procesal - Acción de amparo", Ed. Astrea, Bs. As., 1995.
—Quiroga Lavié, Humberto, "Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo", La Ley, 14/XI/96.
—Palacio de Caeiro, Silvia B., "El amparo y la acción declarativa de inconstitucionalidad en la realidad jurídica argentina", La Ley, 7/XI/95.
—"La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial", El Derecho, 1°/VIII/97.
—Vallefín, Carlos A., "El amparo: desde la constitución a la jurisprudencia", J.A., 18/VI/97.
—Bertolino, Pedro J., "La cosa juzgada en el amparo", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968.
—Lazzarini, José Luis, "El juicio de amparo", La Ley, Bs. As., 1987.
—Carrió, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1959.

CAPÍTULO XXVII

—Cifuentes, Santos, "Derecho personalísimo a los datos personales", La Ley, 1°/X/97.
—Bazán, Víctor, "Habeas data y autodeterminación informativa", Revista Jurídica del Perú, año XLVI, nº 3, julio-setiembre 1996.
—"El habeas data después de la reforma constitucional", El Derecho, Temas Procesales, 31/VIII/95.
—Ruiz Miguel, Carlos, "En torno a la protección de los datos personales automatizados", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

—Bazán Lazcano, Marcelo, "'Habeas data privata' y 'habeas data pública' en la constitución reformada", El Derecho, 20/VII/97.
—Pizzolo Calógero (h.), "Aspectos procesales del habeas data", El Derecho, 17/IV/96.
—Sagüés, Néstor Pedro, "Subtipos de habeas data", J.A., 1995-IV, p. 352.
—Ekmekdjian, Miguel Angel y Pizzolo, Calógero (h.), "Habeas data", Ed. Depalma, Bs. As., 1996.
—Ekmekdjian, Miguel Angel, "El habeas data en la reforma constitucional", La Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
—Puccinelli, Oscar R., "Habeas data. Aportes para una eventual reglamentación", El Derecho, T. 161, p. 913.
—Bianchi, Alberto B., "Habeas data y derecho a la privacidad", El Derecho. T. 161, p. 866.

CAPÍTULO XXVIII

—Sagüés, Néstor Pedro, "Nuevo régimen del habeas corpus (ley 23.098)", La Ley, 8-17-18/IV/85.
—"Habeas corpus", Ed. Astrea, Bs. As., 1988.
—Sinópoli, Santiago M., "Habeas corpus y justicia militar", El Derecho, 14/V/87.
—Bidart Campos, Germán J., "Edictos policiales y habeas corpus", El Derecho, 23/II/87.
—"Estrecheces y holguras del habeas corpus en un fallo de la Corte Suprema (¿Y el valor libertad?)", El Derecho, 6/XII/91.

CAPÍTULO XXIX

—Moyano Bonila, César, "El principio de primacía del derecho internacional", El Derecho, 16/VIII/94.
—"La interpretación de los tratados internacionales", Montevideo, 1985.
—Legarre, Santiago, "El tratado internacional y su ley aprobatoria en el derecho argentino", La Ley, 20/XII/95.
—González, Flavio Floreal, "Convenios internacionales de los estados subnacionales", La Ley, 29/VIII/96.
—Rey Caro, Ernesto, "Los tratados interjurisdiccionales y la aplicación de normas internacionales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Separata de Cuaderno de Federalismo III-IV, Córdoba, 1991.
—Midón, Mario A. R., "El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur", La Ley, 24/III/97.
—Masnatta, Héctor, "Bases constitucionales del proceso de integración", La Ley, 16/VIII/96.

—Ekmekdjian, Miguel Angel, "Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apuntala el proceso de integración regional latinoamericana", El Derecho, T. 160, p. 246.
—Oteiza, Eduardo, "Mercosur: diagnóstico provisional sobre el proceso transnacional", El Derecho, 29/IV/96.
—Zuppi, Alberto Luis, "El derecho imperativo ('ius cogens') en el nuevo orden internacional", El Derecho, 7/VII/92.
—De autores varios (Directores: Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa Adriana), "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", Ed. Astrea, Bs. As., 1996.
—Travieso, Juan Antonio, "La jurisprudencia en el derecho internacional", La Ley, 8/VII/97.
—"Derechos humanos - Fuentes e instrumentos internacionales", Ed. Heliasta, Bs. As., 1996.
—Martínez Vivot, Julio J., "Vigencia de los convenios OIT legalmente ratificados en Argentina", Trabajo y Seguridad Social, nº 10, octubre 1994.
—López, Justo, "Primacía de los convenios internacionales de la OIT", Revista "Verba Iustitiae", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Morón, año I, nº 2, 1996.
—Ramírez Bosco, Luis, "Los tratados internacionales en materia laboral", Trabajo y Seguridad Social, nº 10, octubre 1997.
—Vanossi, Jorge Reinaldo A., "Régimen constitucional de los tratados", Ed. El Coloquio, Bs. As., 1969.
—De autores varios (Compiladores: Martín Abregú y Christian Courtis), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", CELS, Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1997.
—De la Guardia, Ernesto, "Derecho de los tratados internacionales", Ed. Abaco, Bs. As., 1997.
—Barberis, Julio A., "La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la constitución argentina", Revista "Prudentia Iuris", diciembre 1985-abril 1986.
—Amadeo, José Luis, "Los tratados internacionales con jerarquía constitucional", J.A., 18/VI/97.
—Hitters, Juan Carlos, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la constitución", El Derecho, 24/X/95.
—"Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Ed. Ediar, Bs. As., 1991.
—Centurión Morinigo, Ubaldo, "El orden jurídico supranacional", Asunción, Paraguay, 1994.
—Rey Caro, Ernesto J., Salas, Graciela y Drnas de Clément Zlata, "Los tratados internacionales y la constitución nacional", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1995.
—Carrizo Adris, Mario Gustavo, "La primacía del derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, nº 12, 1996.

—Alvarez, Gladys S. y Highton, Elena I., "¿Un tribunal transnacional para el Mercosur? Carta de Ouro Preto (21/9/96)", La Ley Actualidad, 26/XI/96.
—Sola, Juan Vicente, "La jerarquía de las leyes y reglamentos nacionales con las normas del Mercosur", La Ley, 14/X/96.
—Masnatta, Héctor, "Bases constitucionales del proceso de integración", La Ley, 16/VIII/96.
—Palacio de Caeiro, Silvia B., "La cuestión federal, la competencia federal y los tratados internacionales", El Derecho, 17/IX/96.
—Piombo, Horacio Daniel, "Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos", Ed. Depalma, Bs. As., 1994.
—Castorina de Tarquini, María Celia, "Federalismo e integración", Ed. Ediar, Bs. As., 1997.
—Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Integración y jurisprudencia", Revista "Voces Jurídicas", Mendoza, febrero 1997.
—"El juez frente al derecho comunitario", El Derecho, 18/VIII/92.

CAPÍTULO XXX

—Gordillo, Agustín, "El nuevo sistema constitucional de control", Separata del nº 62 de la Revista "Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
—Salvadores de Arzuaga, Carlos I., "Los controles institucionales en la constitución reformada", J.A., 28/II/96.
—Spota, Alberto Antonio, "En el estado de derecho los poderes constituidos son y deben ser limitados", El Derecho, 17/III/97.
—"Legalidad y legitimidad en el estado de derecho", Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XI, nº 116, diciembre 1995.
—"El poder político y los grupos de fuerza y de presión en la crisis contemporánea de la representación política", Revista Lecciones y Ensayos, 1959, nº 13.
—"La división de poderes en la emergencia", La Ley, 13/II/92.
—Vanossi, Jorge Reinaldo, "El asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 1996.
—Bidart Campos, Germán J., "Las obligaciones en el derecho constitucional", Ed. Ediar, Bs. As., 1987.
—Snow, Peter G., "Fuerzas políticas en la Argentina", Bs. As., 1983.
—Jiménez, Eduardo Pablo, "Corrupción y ética pública", El Derecho, 21/VII/97.
—Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, "Etica pública según el artículo 36 de la constitución nacional, texto de 1994", Bs. As., 1996.
—De autores varios (Coordinadores: H. R. Sandler y B. Rajland), "Corrupción. Una sociedad bajo sospecha", Bs. As., 1997.
—Romero, César Enrique, "Estructuras reales de poder en la República Argentina", Ed. Depalma, Bs. As., 1976.

CAPÍTULO XXXI

-Pérez Guilhou y otros (libro colectivo), "Atribuciones del congreso argentino", Ed. Depalma, Bs. As., 1986.
-Pellet Lastra, Arturo, "El poder parlamentario", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995.
-Ekmekdjian, Miguel Angel, "Reflexiones acerca de la representación política", El Derecho, 24/XI/92.
-Sagüés, Néstor Pedro, "Un enfoque tridimensional de la representación política: el orden de las realidades", El Derecho, T. 45, p. 385.
-Castagno, Antonio, "Las bancas parlamentarias. Su pertenencia", Bs. As., 1972.
-Durante, Alfredo L., "La retribución ('dietas' o 'indemnizaciones') de los representantes del pueblo", El Derecho, 7/X/87.

CAPÍTULO XXXII

-Ekmekdjian, Miguel Angel, "Una interesante decisión judicial sobre las inmunidades legislativas", El Derecho, 21/XII/94.
—"La extraterritorialidad de los privilegios parlamentarios de los legisladores provinciales y el federalismo", La Ley, 1º/VIII/86.
—"Las llamadas 'facultades disciplinarias' de las cámaras del congreso nacional por violación a sus fueros (el arresto congresional)", El Derecho, 10/VII/97.
-Rimoldi de Ladmann, Eve I., "Las comisiones parlamentarias permanentes", La Ley, 3/IV/86.
-D'Albora, Francisco J. (h.), "Los legisladores y la ley penal", La Ley, 15/X/85.
-Frías, Pedro J., "Condiciones y límites de la investigación parlamentaria", Debate Parlamentario, nos. 37/38, 17-24/IX/84.
-Bianchi, Alberto B., "Los poderes de investigación del congreso - Fundamento constitucional, contenido y límites", La Ley, 3/X/84.
-Colautti, Carlos E., "Las facultades de investigación del poder legislativo y la división de poderse", La Ley, 3/X/83.
-Bidart Campos, Germán J., "Los 'privilegios' personales de los legisladores no son renunciables", El Derecho, 15/III/93.
-Seisdedos, Felipe, "Algo acerca de la inmunidad de opinión", El Derecho, 10/VII/85.
-Martínez Peroni, José Luis, "El poder disciplinario del senado sobre terceros", El Derecho, Temas de Reforma Constitucional, 22/IX/95.
-Gentile, Jorge H., "Derecho parlamentario argentino", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1997.

CAPÍTULO XXXIII

—Albanese, Suana, "Atribuciones del congreso en la fijación de los límites interprovinciales", La Ley, 21/XII/84.
—Frías, Pedro J., "Facultades de las provincias en materia de tratados interjurisdiccionales", Revista Notarial, 1985, nº 882.

CAPÍTULO XXXIV

—García Belsunce, Horacio A., "El papel moneda como recurso del estado", Revista Lecciones y Ensayos, 1959, nº 13.
—"El ahorro obligatorio", Información Empresaria, noviembre 1985, nº 214.
—Perdomo, Hugo Enrique, "Emisión monetaria y constitución nacional", La Ley, 24/XI/84.
—Olarra Jiménez, Rafael, "El dinero y las estructuras monetarias", Madrid-Bs.As.-México, 1965.
—Sagüés, Néstor Pedro, "Tarifas aduaneras uniformes y diferenciales en el derecho constitucional argentino", La Ley, 24/V/84.
—"Cuestionamiento constitucional del régimen de ahorro forzoso", La Ley, 27/VIII/85.
—Padilla, Miguel M., "Un mecanismo de control parlamentario: el examen y aprobación de la cuenta de inversión", La Ley, 21/XII/84.
—Dromi, José Roberto, "Presupuesto y cuenta de inversión", Bs. As., 1988.
—Molinelli, N. Guillermo, "Presidentes, congresos y leyes de presupuesto", La Ley, 15/IX/88.
—Thompson, Roberto, "El presupuesto y su control de constitucionalidad", El Derecho, 17/IX/84.
—Reig, Enrique Jorge, "Los recursos del tesoro nacional en la constitución argentina", Academia Nacional de Ciencias Económicas", Bs. As., 1991.
—Rotman, Rodolfo B., "Corresponde al congreso arreglar la deuda exterior de la nación", La Ley, 29/II/84.
—Ray, José Domingo, "Condicionamiento económico jurídico de un orden monetario", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XXXIV, 2ª época, nº 27.
—Bruzzon, Juan Carlos, "Algunas implicaciones del fallo 'Horvath' de la Corte Suprema, que declara la naturaleza de la exacción impuesta por la ley 23.256 de ahorro obligatorio", El Derecho, 12/IX/96.
—Rougés, Jorge Luis, "Bloque constitucional federal del progreso. Cláusula de la prosperidad", La Ley Actualidad, 26/IX/96.
—Schafrik, Fabiana Haydée y Barraza, Javier Indalecio, "Algunas reflexiones relativas a la atribución del congreso de la nación de aprobar o desechar la cuenta de inversión. Su naturaleza jurídica y evolución legislativa en la materia", El Derecho, 14/VI/95.
—"Breves reflexiones acerca de los denominados Pactos Fiscales I y II.

Análisis de su incidencia en la ley de coparticipación federal de impuestos. Vigencia de los mismos", El Derecho, 21/VIII/96.
Montbrun, Alberto, "Criterios de distribución de la coparticipación federal en la constitución nacional", La Ley, 18/VII/97.
Sarraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydée, "La reforma constitucional de 1994 y la coparticipación federal de impuestos. Análisis comparativo de los distintos sistemas de distribución de facultades tributarias", El Derecho, 16/XI/95.
Sulit Goñi, Enrique G., "La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994", La Ley, 7/VIII/95.
Mertehikian, Eduardo, "Las leyes de presupuesto del estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo", Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, La Ley, 31/III/97.
Nelli, María Angélica, "La coherencia del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad en la construcción de la seguridad jurídica", La Ley, 2/VI/97.
Nanossi, Jorge Reinaldo, "Los límites de la regulación estatal y los límites de la libertad en la actividad financiera. Problemas de derecho público del sistema financiero", J.A., 1º/V/85.
—"La gestión constitucional de la deuda pública externa", La Nación, 25-27/V/85.
Nolautti, Carlos E., "Problemas constitucionales de la revalorización de las obligaciones monetarias", La Ley, 6/XII/76.
Parlucía, Emilio Armando, "La responsabilidad del estado y las devaluaciones monetarias", El Derecho, 5/X/83.
Peyrano, Jorge W. y Chiappini, Julio O., "Desindexación y 'desagio'", La Ley, 8/VIII/85.
Gil Domínguez, Andrés, "Autonomía universitaria: la evanescencia consumada", La Ley, 14/V/97.
—"Dimensión constitucional de los principios de gratuidad y equidad de la educación", Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XII, nº 121, mayo 1996.
Altabe, Ricardo, Braunstein, José y González, Jorge A., "Derechos indígenas en la Argentina", El Derecho, 19/X/95.
Frías, Pedro J., "La igualdad de oportunidades", La Nación, 28/V/95.
Travieso, Juan Antonio, "La protección de los derechos de los ancianos (Aspectos nacionales e internacionales)", La Ley Actualidad, 6/VII/95.
Vaja Espil, Jorge A., "Constitución y poder", Ed. TEA, Bs. As., 1987.

CAPÍTULO XXXV

Ubertone, Fermín Pedro, "Reglas de técnica legislativa en Argentina", El Derecho, Legislación Argentina, Boletín nº 35, 23/VIII/96.
Rosatti, Horacio, "Fisiología de la ley", Santa Fe, 1987.
Torres Molina, Ramón, "El ejercicio de facultades legislativas por el poder

ejecutivo", La Ley, 22/VII/97.
—Midón, Mario A. R., "Los inciertos límites de la legislación delegada", El Derecho, Temas de Reforma Constitucional, 22/IX/95.
—Colautti, Carlos E., "Nuevas precisiones acerca de la promulgación parcial de las leyes", La Ley, 12/V/97.
—Bianchi, Alberto B., "La delegación legislativa luego de la reforma constitucional de 1994", J.A. 6/XI/96.
—"La delegación legislativa", Ed. Abaco, Bs. As., 1990.
—Quiroga Lavié, Humberto, "La potestad legislativa", Ed. Zavalía, Bs. As., 1993.
—Salvadores de Arzuaga, Carlos I., "Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa", La Ley, 24/II/97.
—Cuadros, Oscar, "La delegación legislativa frente al principio de legalidad tributaria: breve análisis acerca de la constitucionalidad de los arts. 2, 3 y 4 de la ley 24.631", Revista "Entre Abogados", Foro de Abogados de San Juan, año IX, nº 9.
—Gil Domínguez, Andrés, "Potestades legislativas del poder ejecutivo: en búsqueda de una interpretación constitucional", La Ley, 3/X/96.
—Bidart Campos, Germán J., "La publicación oficial de las leyes con promulgación tácita", El Derecho, 27/IV/95.
—Sagüés, Néstor Pedro, "El código aeronáutico ante la constitución nacional", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, 1981/82, nº 14.
—Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Aspectos iusfilosóficos del derecho ecológico", Revista Investigación y Docencia, Universidad Nacional de Rosario, 1992, nº 20.
—Cano, Guillermo J., "Génesis y evolución del derecho de los recursos naturales y del derecho ambiental", El Derecho, 15/II/93.
—Cueto Rúa, Julio C., "Sanción de normas procesales por la Corte Suprema de Justicia Nacional", La Ley, 1988-B.

CAPÍTULO XXXVI

—Vanossi, Jorge Reinaldo, "La posibilidad constitucional del juicio político a los ex-funcionarios", J.A., 28/VIII/85.
—Luna, Eduardo Fernando, "Juicio político a ex-funcionarios", El Derecho, 20/I/86.
—Bidart Campos, Germán J., "Dos caras del enjuiciamiento político: lo que es decisión definitiva del órgano competente y lo que es judicialmente controlable", Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 12/VII/96.

CAPÍTULO XXXVII

—Bidart Campos, Germán J., "Acefalía del poder ejecutivo, inhabilidad y juicio

político", El Derecho, T. 100, p. 896.
alla Vía, Alberto R., "El presidencialismo argentino", J.A., 11/VI/97.

CAPÍTULO XXXVIII

irez Guilhou y otros (libro colectivo), "Atribuciones del presidente argentino", Ed. Depalma, Bs. As., 1986.
anchi, Alberto B., "Anotaciones sobre los conceptos de administración pública y función administrativa", El Derecho, 2/VIII/88.
—"El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario", El Derecho, 10/V/84.
nares, Juan Francisco, "Los reglamentos autónomos en el orden federal", La Ley, 11/XI/81.
irez Hualde, Alejandro, "Decretos de necesidad y urgencia", Ed. Depalma, Bs. As., 1995.
—"Decretos de necesidad y urgencia: a dos años del artículo 99 inciso 3 de la constitución nacional", La Ley, 24/VII/97.
elli, María Angélica, "Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia", Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, La Ley, 4/IX/95.
omadira, Julio Rodolfo, "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", La Ley, 24/III/95.
lbanese, Susana, "El amparo y los decretos de necesidad y urgencia en materia laboral", El Derecho, 14/IX/94.
assagne, Juan Carlos, "Los decretos de necesidad y urgencia en la constitución reformada", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XL, 2ª época, nº 33, Bs. As., 1996.
erreira Rubio, Delia y Goretti, Matec, "Cuando el presidente gobierna solo", Desarrollo Económico, vol. 36, nº 141, abril-junio 1996.
ugones, Narciso J., Garay, Alberto F., Dugo, Sergio O., Corcuera, Santiago H., "Leyes de emergencia - Decretos de necesidad y urgencia", La Ley, Bs. As., 1992.
lidón, Mario A. R., "La 'suprema' emergencia y los decretos de necesidad y urgencia", El Derecho, 4/VI/92.
ola, Juan Vicente, "El manejo de las relaciones exteriores", Ed. de Belgrano, Bs. As., 1997.

CAPÍTULO XXXIX

arraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydée, "El Jefe de Gabinete de ministros y su relación con el poder ejecutivo nacional, los demás ministros secretarios y el congreso nacional", El Derecho, 23/XII/96.
omadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, "Administración general del

país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional", El Derecho, 7/VII/95.
—Lozano, Luis Francisco, "El Jefe de Gabinete", La Ley, 4/X/95.
—García Lema, Alberto M., "La jefatura de gabinete de ministros en el proyecto de ley de ministerios", La Ley, 7/XII/95.
—Raspi, Arturo Emilio, "La jefatura de la administración general del país en la constitución", La Ley, 18/X/96.
—Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "El jefe de gabinete de ministros: Perfiles e interrogantes", La Ley, 28/VI/95.
—Bellardinelli, Pablo y Corti, Horacio G., "Funciones financieras del Jefe de Gabinete de Ministros", La Ley, 12/IX/96.

CAPÍTULO XL

—Bidart Campos, Germán J., "Los tribunales militares y la constitución", Ed. Ediar, Bs. As., 1985.
—Palombo, Guillermo, "Breves observaciones críticas sobre la arquitectura de los principios fundamentales de la reciente ley 23.409 de reformas al código de justicia militar", El Derecho, 16/III/84.
—Ramayo, Raúl Alberto, "El poder judicial y la justicia militar", El Derecho, 14/X/86.
—Ekmekdjian, Miguel Angel, "La jurisdicción disciplinaria militar y la instancia judicial plena de revisión de los actos jurisdiccionales de la administración", El Derecho, 9/V/89.
—Vanossi, Jorge Reinaldo A., "El sometimiento de los civiles a los tribunales militares (estado actual de la cuestión en la jurisprudencia constitucional)", El Derecho, 2/VI/81.

CAPÍTULO XLI

—Seville Salas, Viviana, "La Auditoría General de la Nación después de la reforma constitucional de 1994", La Ley, 16/IV/97.
—Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "El Defensor del Pueblo", Ed. Ediar, Bs. As., 1989.
—Spota, Alberto Antonio, "El Defensor del Pueblo", El Derecho, 9/XII/96.
—Maiorano, Jorge Luis, "La UNESCO y el Defensor del Pueblo", La Ley, 9/X/96.
—Carnota, Walter F., "El Ombudsman, los jubilados y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", El Derecho, 10/XII/96.

CAPÍTULO XLII

—Palacio, Lino Enrique, "En torno al efecto de la llamada acción de nulidad

deducida contra el laudo de los amigables componedores", El Derecho, 11/XI/97.
haumet, Mario E., "La posmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos", El Derecho, 4/V/94.
ay, José Domingo, "Los medios de solución de conflictos en el derecho privado", El Derecho, 15/VIII/97.
. de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe, "Tribunal de arbitraje general y mediación", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA., s/f.
eonardi de Herbón, Hebe y Feldstein de Cárdenas, Sara, "Arbitraje interno e internacional", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994.
.naya, Jaime Luis, "Recursos contra los laudos arbitrales", El Derecho 22/III/95.
'agüés, Néstor Pedro, "Poder judicial: ¿inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria?", La Ley, 22/III/82.
—"La desvalorización monetaria y el principio constitucional de irreductibilidad de las compensaciones judiciales", J.A., 14/XII/77.
—"Sobre la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces provinciales", La Ley, 16/VIII/88.
'anossi, Jorge Reinaldo, "Los llamados tribunales administrativos ante el derecho constitucional argentino", El Derecho, 23/III/83.
.inares, Juan Francisco, "El recurso extraordinario contra decisiones administrativas", La Ley, 21/XI/68.
Morello, Augusto Mario, "La Corte Suprema en acción", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1989.
'ayt, Carlos S., "Nuevas fronteras del derecho constitucional - La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación", La Ley, Bs. As., 1995.
Carrió, Alejandro, "La Corte Suprema y su independencia", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996.
Dyhanarte, Julio, "La visión universalista de la Corte Suprema", La Nación, 25/VI/95, sección 7, p. 3.
Bianchi, Alberto B., "La Corte dividida en salas (¿Una Corte o muchas Cortes?)", El Derecho, 22/II/88.
—"Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema", La Ley, 19/III/97.
Canosa, Armando N., "La actividad materialmente administrativa en la justicia", El Derecho, 28/VII/93.
Bidart Campos, Germán J., "Actividad no judicial en la competencia de la Corte Suprema", El Derecho, 28/VII/93.
—"La remuneración de los jueces como hecho imponible", Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 16/VIII/96.
Hutchinson, Tomás, "La función administrativa del poder judicial y su revisión jurisdiccional", El Derecho, T. 84, p. 84.
Spisso, Rodolfo R., "Los tribunales administrativos y el control de constitucionalidad", El Derecho, 18/XI/88.

—Ekmekdjïan, Miguel Angel, "La instancia judicial plena de revisión de actos jurisdiccionales administrativos: su alcance y naturaleza", La Ley, 9/XI/78.
—Lozano, Luis F., "Transferencia de funciones jurisdiccionales a la ciudad autónoma de Buenos Aires", La Ley, 30/IV/97.
—Colautti, Carlos E., "Reflexiones preliminares acerca de la transferencia de la justicia nacional de la capital federal a la ciudad de Buenos Aires", La Ley, 10/IV/97.
—Bielsa, Rafael A. y Garber, Carlos A., "La transferencia a la ciudad de Buenos Aires de la función judicial de los tribunales nacionales con competencia ordinaria", La Ley, 26/II/97.
—"Los futuros jueces de la ciudad de Buenos Aires", La Ley, 3/II/95.
—"Poder Judicial y autonomía de la Ciudad de Buenos Aires", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1995.
—Gallardo, Roberto Andrés y López, Mario Justo (h.), "El poder judicial y la constitución de la ciudad de Buenos Aires", El Derecho, 18/II/97.
—Losa, Néstor Osvaldo, "El problema doctrinario y jurisprudencial de la justicia argentina. Los municipios y Buenos Aires", La Ley Actualidad, 18/VII/96.
—Bosch, Juan, "La actividad jurisdiccional de la administración pública y la garantía del debido proceso", La Ley, 6/XII/96.
—Vicent, Jorge J. P., "La administración de justicia y el Estatuto Organizativo de la ciudad de Buenos Aires", El Derecho, 18/IX/96.

CAPÍTULO XLIII

—Bianchi, Alberto B., "El Ministerio Público: ¿un nuevo poder? (Reexamen de la doctrina de los órganos extrapoderes)", El Derecho, 21/IV/95.
—Obarrio, Felipe Daniel, "El Ministerio Público: Cuarto poder del estado", La Ley, 31/V/95.
—Sáenz, Ricardo O., "El Ministerio Público", La Ley, 17/VIII/95.
—Roncoroni, Marta Susana, "Ministerio Público: representante del estado - Organo de control del poder judicial", J.A., 16/III/95.
—Carnota, Walter F., "El enclave constitucional del personal del Ministerio Público", Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, La Ley, 27/VI/97.
—Vanossi, Jorge Reinaldo, "El Ministerio Público según la reforma constitucional de 1994", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., Anticipo de "Anales", año XL, 2ª época, nº 33.

CAPÍTULO XLIV

—Bianchi, Alberto B., "El Consejo de la Magistratura", La Ley, 6/XII/94.
—García Lema, Alberto M., "El Consejo de la Magistratura y el jurado de enjuiciamiento de jueces en la teoría de la división de poderes", La Ley, 26/

/95.
a, Alberto Antonio, "El Consejo de la Magistratura en la constitución cional", La Ley, 22/IX/95.
uera, Santiago H., "Consejo de la Magistratura", La Ley, 17/VII/95.
iés, Néstor Pedro, "Variables y problemática del Consejo de la Magistra-ra en el reciente constitucionalismo latinoamericano", El Derecho, 20/II/
.
erata Nores, José, "Consejo de la Magistratura", La Ley Actualidad, 24/ /96.
'El Consejo de la Magistratura y la necesaria renovación del poder licial", La Ley, 2-3/IV/97.
/iotto, Eduardo D., "El Consejo de la Magistratura (¿Consecuencia de la sis de la administración de justicia?)", La Ley, 13/II/95.
), Ricardo, "El proyecto legislativo sobre el Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento", La Ley, 1º/X/96.
et Lastra, Arturo, "La versión argentina del Consejo de la Magistratura del jury de enjuiciamiento", El Derecho, 21/IX/96.
sa, Rafael A., Graña, Eduardo R., "El Consejo de la Magistratura en el recho comparado", La Ley, 16-25/IX/96 y 11/X/96.
"Justicia y estado", Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1996.
i, Arístides Horacio M., "El Consejo de la Magistratura y la independencia l poder judicial", Revista "Profesionales del Derecho", nº 5, marzo-abril /96.
algo, Enrique, "Controles constitucionales sobre funcionarios y magistra-s", Ed. Depalma, Bs. As., 1997.
lucía, Emilio A., "Sobre el Consejo de la Magistratura y el enjuiciamiento magistrados", El Derecho, Temas de Reforma Constitucional, 29/VI/95.
neret de Pérez Cortés, María, "El Consejo de la Magistratura, la inde-ndencia del poder judicial y la prestación del servicio de justicia", La Ley, 3/XI/95.
agnague, Juan Fernando, "Juicio político y jurado de enjuiciamiento en nueva constitución nacional", Ed. Depalma, Bs. As., 1995.
nírez, Luis A. y Ziulu, Adolfo Gabino, "El jurado de enjuiciamiento", J.A., 3/VI/97.
ckinson, Gladys, "Escuela de la Magistratura", Departamento de Publica-ones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos ires, Departamento de Ciencias Sociales, Bs. As., 1997.

CAPÍTULO XLV

aíni, Osvaldo Alfredo, "Teoría general del derecho procesal - Jurisdicción, cción y proceso", Ed. Ediar, Bs. As., 1996.
iénez Meza, Manrique, "Principios rectores y definitorios del derecho de cción, la acción popular y la 'class action'", Revista Iustitia, San José, Costa

Rica, año 5, nº 49, enero 1991.
—Hitters, Juan Carlos, "Revisión de la cosa juzgada", La Plata, 1977.
—Berizonce, Roberto O., "Medios de impugnación de la cosa juzgada", Revista Argentina de Derecho Procesal, abril-junio 1971, nº 2.
—Arazi, Roland, "Potestad y deberes de los jueces en el proceso civil", La Ley, 17/II/81.
—Goicoa, Martín N., "La indispensable intervención de la Corte Suprema para evitar una efectiva privación de justicia", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1962, I-II.
—Bidart Campos, Germán J., "Un notable avance en la jurisprudencia de la Corte sobre inmunidad de los estados extranjeros", El Derecho, 18/IV/95.
—Zuppi, Alberto Luis, "La inmunidad jurisdiccional de los estados extranjeros ante los tribunales argentinos conforme a la ley 24.488", El Derecho, 14/II/96.
—"La impenetrable inmunidad de los estados extranjeros en Argentina, o ¿quién mató al art. 24 del decreto-ley 1285/58?", El Derecho, 22/II/94.
—Feldstein de Cárdenas, Sara L., Leonardi de Herbón, Hebe, "Demandas contra el estado extranjero", El Derecho, Temas de Derecho Internacional, 14/XI/95.
—Mihura Estrada, Gabriel, "La inmunidad y el derecho a la jurisdicción - El caso Boskalis", El Derecho, Temas de Derecho Internacional, 14/XI/95.

CAPÍTULO XLVI

—Ghirardi, Olsen A., Fernández Raúl E., Andruet, Armando S. (h.), Ghirardi, Juan C., "La naturaleza del razonamiento judicial", Alveroni Ed., Córdoba, 1993.
—Cueto Rúa, Julio César, "Las razones del juez", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anales, año XXVI, 2ª época, nº 19.
—Sagüés, Néstor Pedro, "El recaudo de la motivación como condición de la sentencia constitucional", El Derecho, 4/III/82.
—Morello, Augusto M., "La casación", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993.
—De la Rúa, Fernando, "El recurso de casación", Ed. Zavalía, Bs. As., 1968.

CAPÍTULO XLVII

—Hitters, Juan Carlos, "Jurisdicción constitucional", La Ley, 7/X/96.
—"Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique su doctrina)", El Derecho, 15/X/85.
—Gil Domínguez, Andrés, "La acción declarativa de certeza como proceso constitucional", La Ley, 29/II/96.
—Morello, Augusto M., "Precisiones en torno de la acción mera declarativa de

nstitucionalidad en el orden nacional", El Derecho, T. 123, p. 421.
-"La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco de contralor e constitucionalidad", J.A., 2/X/85.
üés, Néstor Pedro, "Cosa juzgada constitucional. Modelos y correcciones", a Ley, Suplemento especial, 15/XI/95.
ay, Alberto F., "Efectos 'ex nunc' de un cambio de jurisprudencia: El caso laría Esther Tellez c/Bagala S.A.'", El Derecho, 7/V/92.
-"El interés para pedir la declaración de inconstitucionalidad de las ormas y la invocación del derecho de terceros", La Ley, 26-27/VII/89.
sen, Hans, "El control de la constitucionalidad de las leyes" (traducción de omingo García Belaúnde), El Derecho, 14/II/94.
rienhoff, Miguel S., "La acción popular", La Ley, 11/VIII/93.
ro, Ricardo, "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?", cademia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Separata e Anales del Cincuentenario, Córdoba, 1991.
ta, Antonio Alberto, "El principio de supremacía de la constitución y los edios establecidos para garantizarla en Argentina, en el ámbito del poder dicial federal", Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho onstitucional, año IX, nos. 85 y 86, mayo-junio 1993.
a, Gualberto L., "Visión de la jurisdicción constitucional apelada", J.A., 18/ I/97.
ldino, Rolando E., "Un lugar de encuentro en materia de control de onstitucionalidad", La Ley, 2/V/97.
ra, María Mercedes, "Procesos y recursos constitucionales", Ed. Depalma, s. As., 1992.
az Ricci, Sergio, "Código de garantías constitucionales", Cooperadora Fondo le Cultura Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tucumán, 992.
az Cantón, Gustavo, "Cosa juzgada constitucional. Algunas consideraciones obre el recurso de inconstitucionalidad y la cosa juzgada constitucional", l Derecho, T. 57, p. 815.
sina Atienza, Dalmiro, "El sometimiento voluntario a un régimen jurídico la impugnación de inconstitucionalidad", El Derecho, 13/VI/86.
dart, Campos, Germán J., "La valla que la jurisprudencia de la Corte Suprema pone al control constitucional sin pedido de parte", La Ley, 20/ VIII/97.
—"El juego de la supremacía federal y la obstrucción del recurso extraordinario en las acciones provinciales de inconstitucionalidad local", El Derecho, 23/X/79.
—"El control constitucional de oficio en sede provincial", El Derecho, T. 100, p. 633.
melmajer de Carlucci, Aída Rosa, "Atribuciones de los Superiores Tribunales de provincia", Mendoza, 1991.

CAPÍTULO XLVIII

—Haro, Ricardo, "La competencia federal", Ed. Depalma, Bs. As., 1989.
—Oteiza, Eduardo, "La Corte Suprema", Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1994.
—Morello, Augusto Mario, "Las Cortes Supremas al final de la centuria", El Derecho, 11/IX/97.
—Fayt, Carlos S., "Supremacía constitucional e independencia de los jueces", Ed. Depalma, Bs. As., 1994.
—"Los poderes implícitos de la Corte Suprema", La Nación, 29/VIII/95.
—Bidart Campos, Germán J., "La importante sentencia de la Corte en el 'per saltum' por la licitación de Aerolíneas Argentinas", 16/X/90.
—"La suspensión por decreto de los juicios contra el estado", El Derecho, 5/IV/91.
—Sagüés, Néstor Pedro, "Conflicto de poderes y recurso extraordinario 'per saltum'", La Ley, 1º/IV/91.
—"Derecho constitucional federal y derecho convencional interestadual (interprovincial)", Revista Notarial, 1985, nº 880.
—Simone, Osvaldo Blas, "Jurisdicción marítima ('Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima')", El Derecho, 22/VII/87.
—de Estrada, Juan Ramón, "Juicios entre el estado nacional y las provincias: aplicación de las leyes 3952 y 19.549", El Derecho, 20/IX/85.
—Bianchi, Alberto B., "Inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 7º de la ley de demandas contra la nación", El Derecho, 25/III/86.
—"¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional?", La Ley, 22/V/97.
—Bosch, Jorge Tristán, "Las sentencias contra la nación", La Ley, 18/VIII/88.
—Marienhoff, Miguel S., "La jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia y los juicios de expropiación", J.A., 10/VI/75.
—Goldschmidt Werner, "Sometimiento y sumisión de estados a extraña jurisdicción", La Ley, 14/X/74.
—"Juicios contra estados extranjeros", El Derecho, T. 76, p. 409.
—Ramayo, Raúl Alberto, "El art. 100 de la constitución nacional y la nación como parte ante los tribunales de otro país", La Ley, 16/VI/76.
—Trusso, Francisco Eduardo, "Competencia de la Corte Suprema Nacional en los conflictos de poderes provinciales", J.A., 1º/II/78.
—Tawil, Guido S., "Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia", Bs. As., 1990.

CAPÍTULO XLIX

—Bielsa, Rafael A. y Graña, Eduardo R., "La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia y el derecho público provincial", La Ley, 28/XI/96.
—Tacca, Carlos H., "Introducción al estudio de la competencia originaria y

xclusiva de la Corte Suprema de Justicia", Cuadernos de la Universidad
:atólica de Cuyo, San Juan, 1981, nº 14.
ray, Alberto F., "Competencia originaria de la Corte Suprema: competencia
or la materia", La Ley, 12/X/78.
inchi, Alberto B., "Las provincias argentinas ante la jurisdicción originaria
e la Corte Suprema de Justicia de la Nación", El Derecho, 4-5/III/86.
lacio, Lino Enrique, "La competencia originaria de la Corte Suprema frente
la citación al juicio de terceros no aforados", La Ley, 25/VII/73.
mayo, Raúl Alberto, "La acreditación del status diplomático y la inmunidad
e jurisdicción", El Derecho, 5/III/97.

CAPÍTULO L

rello, Augusto M., "Actualidad del recurso extraordinario", Librería Edi-
ora Platense, Abeledo-Perrot, 1995.
—"El recurso extraordinario", Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot,
987.
—"La nueva etapa del recurso extraordinario. El 'certiorari'", Ed. Abeledo-
errot, Bs. As., 1990.
—"La doctrina de la arbitrariedad de sentencia ante la barrera del certiorari
egativo", El Derecho, 8/IV/97.
gones, Narciso Juan, "Recurso extraordinario", Ed. Depalma, Bs. As., 1992.
—"Una nueva articulación entre 'relación directa' y 'cuestión federal' en el
ecurso extraordinario y su incidencia en las sentencias arbitrarias", La
ey, 20/XII/83.
rrancos y Vedia Fernando, "Recurso extraordinario y 'gravedad institu-
ional'", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969.
hab, Ricardo J., "El recurso extraordinario por gravedad institucional", Ed.
Ediar, Bs. As., 1978.
nossi, Jorge Reinaldo, "Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucio-
alidad", Ed Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966.
—"Recurso extraordinario federal", Ed. Universidad, Bs. As., 1984.
nadeo, José Luis, "Procedimiento del recurso extraordinario por sentencia
arbitraria - Modificación de las decisiones de la Corte Suprema", Ed. Pierre
Menard, Bs. As., 1993.
güés, Néstor Pedro, "Recurso extraordinario", Ed. Astrea, Bs. As., 1984.
—"El recurso extraordinario y la obligación de las Cortes Supremas provin-
iales de conocer en los recursos locales", La Ley, 24/IV/89.
dart Campos Germán J., "La resolución 'contraria' en el recurso extraor-
linario", El Derecho, 12/IX/84.
garre, Santiago, "El requisito de la trascendencia en el recurso extraordi-
nario", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994.
lacio de Caeiro, Silvia B., "La cuestión federal, la competencia federal y los
tratados internacionales", El Derecho, 17/IX/96.

—Palacio, Lino Enrique, "Algunas reflexiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicación de tratados internacionales", El Derecho, 1º/IV/97.

—"El recurso extraordinario federal", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992.

—Ramayo, Raúl Alberto, "Nueva doctrina de la CSJN y sus potenciales consecuencias institucionales en el ámbito de las jurisdicciones internacional, nacional y provincial", El Derecho, 9/IV/96.

—Carrió, Genaro, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967.

—Bianchi, Alberto, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", El Derecho, T. 99, p. 835.

—"El apartamiento notorio de la realidad económica como causa de arbitrariedad en las sentencias", El Derecho, 18/IX/85.

—"El certiorari before judgement o recurso per saltum en la Corte de los Estados Unidos", El Derecho, 11/XI/92.

—Guastavino, Elías P., "Recurso extraordinario de inconstitucionalidad", Ed. La Rocca, Bs. As., 1992.

CAPÍTULO XI

—Bidart Campos, Germán, J., "El agotamiento de los recursos internos antes de acceder a la jurisdicción supraestatal organizada por el Pacto de San José de Costa Rica", El Derecho, 12/XII/90.

—Albanese, Susana, "El agotamiento de los recursos internos y algunas excepciones enunciativas en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos", J.A., 19/VI/96.

CAPÍTULO LII

—Collautti, Carlos E., "Los intereses del estado nacional y el artículo 129 de la constitución", La Ley, 11/VII/97.

—"Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires", Ed. Universidad, Bs. As., 1996.

—Bidart Campos, Germán J., "La primera elección de legisladores de la Ciudad de Buenos Aires", La Ley, 12/VI/97.

—Frías, Pedro J., "¿Qué autonomía para Buenos Aires?", La Ley, 26/VI/95.

—Spota, Alberto Antonio, "Naturaleza político-institucional de la ciudad de Buenos Aires en el texto de la constitución vigente a partir de agosto de 1994", La Ley, 28/II/95.

—Sabsay, Daniel Alberto, "La Ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional", La Ley Actualidad, 9/V/95.

—Ezquiaga, Marcelo Gabriel, "Buenos Aires, ciudad autónoma permanente, capital federal transitoria", La Ley Actualidad, 4/V/95.

) Bay, Horacio D., "Nuevo régimen jurídico institucional de la ciudad de ıenos Aires", La Ley, 7/XI/94.
a Rúa, Jorge, "El nuevo status jurídico de la ciudad de Buenos Aires", La y, 17/XI/94.
natta, Héctor, "La autonomía de la ciudad de Buenos Aires", La Ley, 19/ /96.
eyra, Raúl Gustavo, "La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos res", Ed. Depalma, Bs. As., 1997.
ıutores varios (Compiladora: Hilda María Herzer), "Ciudad de Buenos res - Gobierno y descentralización", Colección CEA-CBC, Bs. As., 1996.
iello, Jorge, "Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Aportes para la ıcusión sobre sus alcances constitucionales", La Ley, 8/II/95.
ienhoff, Miguel S., "La 'autonomía' de la ciudad de Buenos Aires y la ıstitución nacional de 1994", El Derecho, 19/IX/95.
oga Lavié, Humberto, "La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos ·es", La Ley, 17/II/97.
ın, Víctor, "La constitución de la ciudad de Buenos Aires, ¿Estatuto de ınzada o catálogo de deseos?", Revista "Entre Abogados", Foro de Abodos de San Juan, año IV, nº 9.
stitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", comentada por ırcelo Alberto López Alfonsín. Comentario preliminar de Félix Roberto ñ, Ed. Estudio, Bs. As., 1997.
Domínguez, Andrés, "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos ·es", Ed. Eudeba, Bs. As., 1997.
ɔssi, Jorge Reinaldo, "Régimen político de la ciudad de Buenos Aires, la ɔnomía municipal y sus limitaciones. Controversias". Academia Nacio- de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 1995.

INDICE GENERAL

CAPÍTULO XXX

LA PARTE ORGANICA

I. EL PODER:
Su encuadre 9
El gobierno y los órganos 11
La competencia 11
Los órganos "extrapoderes" 12
Los "sujetos auxiliares" 13
Las relaciones en los órganos del poder 13

II. LA LLAMADA "DIVISIÓN DE PODERES:
La "triada" de poderes y su finalidad 14
El derecho judicial en materia de división de poderes 15
Otros principios "divisorios" 16
La clasificación de las funciones del poder 17
La gradación de las funciones del poder 18
Una nueva clasificación de las funciones del poder. 19
La "politicidad" de las funciones del poder 19
El paralelismo de las competencias 20
La competencia y la zona de reserva 20
El diagrama de la competencia 21
La "delegación" y la "imputación" de competencia y de funciones 22
Los principales perfiles de la competencia 23
Los tres nuevos órganos extrapoderes de los artículos 85, 86 y 120 25
Algunas otras puntualizaciones 26

III. EL NUEVO ESQUEMA DEL PODER EN LA REFORMA DE 1994:
Su diseño 28
La participación de unos órganos en otros ajenos 29
La Comisión Bicameral Permanente del congreso 30
El poder ejecutivo 30
Los órganos de control 31
El poder judicial 31
Los partidos políticos 31
Los controles 32
La descentralización política 32

IV. EL ARTICULO 36 Y EL PODER:
Su relación 32
El bien jurídico penalmente tutelado 33
Los actos de fuerza incriminados 34
Las sanciones penales 35
La ética pública 36
El delito doloso contra el estado 36

V. EL PODER EN EL DERECHO PUBLICO PROVINCIAL Y EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
Los gobiernos locales son "Autoridades de la Nación" 36

VI. EL REPARTO DE COMPETENCIAS DESPUES DE LA REFORMA DE 1994:
Estado federal, provincias, municipios y ciudad de Buenos Aires 37
Algunos deslindes específicos 39

VII. EL PODER Y LAS EPOCAS DE FACTO:
La emergencia revolucionaria 41
El funcionamiento del poder 42

VIII. LAS PRESIONES SOBRE EL PODER:
Su descripción 44
Los factores de presión y los factores de poder 45
Su permanencia 45
Nuestra valoración 46

CAPÍTULO XXXI

EL CONGRESO

I. EL "ORGANO" CONGRESO:
El "poder legislativo" 47
La reforma de 1994 48
La representación política 49
La "representatividad" 49
El bicamarismo 50
El bicamarismo en las legislaturas provinciales 51
La pertenencia de las bancas del congreso 51
Las bancas de los senadores 52
La Auditoria. General y el Defensor del Pueblo 53

II. LA CAMARA DE DIPUTADOS:
El número de diputados 54
La interpretación de los arts. 45 y 46: el mínimo de "dos" diputados por jurisdicción 55
La elección, los requisitos, y la duración de los diputados 56

III. LA CAMARA DE SENADORES:
Su integración 57
La elección, los requisitos y la duración de los senadores 57
El periodo transitorio posterior a la reforma de 1994 58
El vicepresidente de la república 59

IV. LAS INCOMPATIBILIDADES Y LA REMUNERACIÓN DE LOS LEGISLADORES 60

CAPÍTULO XXXII

EL DERECHO PARLAMENTARIO

I. SU CONTENIDO 63

I. LAS SESIONES DEL CONGRESO 64
Las sesiones "preparatorias" 64
El juicio de la elección por las cámaras 64
Las sesiones ordinarias 66
Las sesiones "de prórroga" y "extraordinarias" 67

II. EL TRABAJO PARLAMENTARIO:
El tiempo 68
La forma 69
La igualdad de ambas cámaras 70
La simultaneidad de las sesiones 70
La publicidad de las sesiones 70
El quorum 71
El derecho de la minoría 71
Casos varios respecto del quorum 72
El quorum especial en la reforma de 1994 72
Las comisiones del congreso 74

V. LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES:
Su significado 75
Su clasificación 76
A) El juicio de las elecciones 77
B) El reglamento de cada cámara 77
C) El poder disciplinario 77
El poder disciplinario frente a terceros extraños a la cámara 78
El derecho judicial en materia de poder disciplinario 79
D) La inmunidad de expresión 80
El derecho judicial en materia de inmunidad de expresión 81
Nuestra posición valorativa 81
E) La inmunidad de arresto 82
¿Qué pasa después del arresto? 84
F) El desafuero 84
Delito anterior a la elección 86
El desafuero y el juicio político 86
El derecho judicial en materia de desafuero 86
Nuestra posición valorativa 87
Los privilegios en sede judicial 87

Los privilegios durante el estado de sitio 87
Los privilegios que las constituciones provinciales acuerdan a sus legisladores 88
G) La llamada "interpelación" 88
Las facultades de investigación de las cámaras y del congreso 90
Las pautas básicas 91

CAPÍTULO XXXIII

LA COMPETENCIA DEL CONGRESO FUERA DEL ARTICULO 75

I. LAS COMPETENCIAS DISPERSAS EN LA CONSTITUCION:
La reforma de la constitución 93
Los actos que deben cumplirse con participación y consentimiento provinciales 94
A) La sede de la capital federal 94
B) Las nuevas provincias 95
C) ¿La "fijación" de límites de las provincias? 95
D) La coparticipación federal impositiva 96
E) Otros casos 97
Las competencias suprimidas en la revisión constitucional de 1860 97
Otras competencias 98

II. LAS OBLIGACIONES DE OMISION COMO LIMITES A LA COMPETENCIA:
Las prohibiciones al congreso 101

III. EL ARTICULO 85 103

CAPÍTULO XXXIV

LA COMPETENCIA DEL CONGRESO EN EL ARTICULO 75

I. EL SISTEMA AXIOLOGICO:
El art. 75 y la parte dogmática 105

II. EL SISTEMA RENTISTICO Y FINANCIERO:
El artículo 4º, los recursos, y la emisión monetaria ... 106
El régimen aduanero y la circulación territorial 107
Los impuestos y contribuciones 108
Los empréstitos, operaciones financieras, y correos 108
El empréstito "forzoso" 109
Los subsidios "a" y "de" las provincias 110
El "arreglo" de la deuda 110
El presupuesto 111
La cuenta de inversión 112
Las competencias en materia bancaria y monetaria ... 113
La emisión de billetes por las provincias 114
La moneda extranjera 115
La facultad de los jueces para admitir la depreciación monetaria 115

III. EL SISTEMA COMERCIAL:
El comercio 115
La cláusula comercial en nuestro régimen 116
El sistema de pesos y medidas 116

IV. EL INCISO 12:
Remisiones 117

V. LA CLAUSULA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS:
El sentido del inciso 17 117
Reconocimiento, respeto, y garantías 118
La operatividad y el desarrollo legislativo 120

VI. LAS POLITICAS PARA EL DESARROLLO, LA CULTURA Y LAS CUESTIONES POBLACIONALES:
El inciso 18 del art. 75 121
La reforma de 1994 al artículo 75 121
El desarrollo 122
La educación, la ciencia, y la cultura 122
Las políticas en orden a la población 123
La política demográfica 123
Los privilegios y recompensas 124

VII. LAS POLITICAS DE DERECHOS HUMANOS:
El marco global 124
Una norma específica: el inciso 23 del artículo 75 125

VIII. EL INCISO 20:
Su contenido 126
La amnistía 127

IX. LAS RELACIONES CON EL PODER EJECUTIVO 128

X. LAS RELACIONES CON LA IGLESIA CATOLICA 128

XI. EL ESTADO DE SITIO 128

XII. LAS RELACIONES INTERNACIONALES:
Los límites internacionales 128
Los tratados internacionales 130
Los tratados de derechos humanos 130
Las represalias 131
La guerra 131

XIII. LOS LIMITES INTERPROVINCIALES 131

XIV. LOS LUGARES SOMETIDOS A JURISDICCION FEDERAL ... 132

XV. LA INTERVENCION FEDERAL 132

XVI. LOS PODERES MILITARES 132

XVII. LOS PODERES IMPLICITOS:
Su concepto: el inciso 32 del art. 75 132
Los poderes implícitos "dentro" y "fuera" del inc. 32 .. 132
Los poderes implícitos en nuestro régimen 133
Los poderes implícitos del congreso en relación con los gobiernos de provincia 134
APENDICE: Correlación entre el anterior artículo 67 y el artículo 75 actual 135

CAPÍTULO XXXV

LA LEY

I. LA SANCION DE LA LEY EN SU ASPECTO SUSTANCIAL:
Su noción 140
La etapa exclusivamente congresional en el proceso de formación de la ley 140
La ley 141
La "forma" de ley en los actos del congreso 142
Las previsiones de la constitución 142

II. LA SANCION DE LA LEY EN SU ASPECTO PROCESAL:
Su ubicación en el proceso de formación de la ley 144
Los mecanismos constitucionales de la sanción de la ley 147
La cámara de origen 148
La iniciativa popular 149
La sanción en comisión 150
La sanción mediante consulta popular vinculante 151
El quorum especial 152
El control judicial de constitucionalidad sobre el procedimiento de sanción de la ley 154

III. LAS PROHIBICIONES Y SUS EXCEPCIONES:
El sentido del principio prohibitivo 155
La delegación legislativa 155
La naturaleza de la norma dictada con forma de decreto en virtud de la delegación 157
La delegación a organismos administrativos 157
¿Subsiste la delegación llamada "impropia"? 158
El control judicial 159
La caducidad 159
La sanción tácita 160
El trámite legislativo 161
A) La aprobación 161
B) El rechazo 161
C) Los proyectos adicionados o corregidos 162
D) Los proyectos vetados 163
D') La promulgación parcial de las leyes 164

E) Qué es lo sancionado por el congreso 164
F) La fórmula de la sanción 164
La derogación de las leyes 165

IV. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DEL CONGRESO:
Las clases de leyes que dicta el congreso 166
Las leyes "federales" o "especiales" 166
Las leyes de "derecho común" 167
El código penal 168
El código de comercio 169
La "federalización" del derecho común 169
Hipótesis de novación en la naturaleza de las leyes 170
El inciso 12 del art. 75 y la "reserva" de las jurisdicciones locales 170
El art. 126 y la competencia provincial sobre el derecho común 171
Las leyes locales del congreso 171
Las leyes cuyo contenido queda condicionado por la constitución 172
Ejemplos de "opciones" legislativas 173
Las leyes "secretas" 174
Las leyes retroactivas y diferidas 174
La legislación "de facto" 174
La "ilegalidad" de leyes del congreso y la colisión entre ellas 175

V. LA COMPETENCIA DEL CONGRESO SOBRE DETERMINADAS LEGISLACIONES, Y SU NATURALEZA:
El código de derecho aeronáutico 176
El código aduanero 176
La ley de navegación 176
La ley de bancarrotas, quiebras o concursos 176
El derecho del trabajo y de la seguridad social 177
Los tratados internacionales 177
Las leyes "reglamentarias" de los tratados internacionales 178
Las leyes reglamentarias de los derechos personales.. 179
La ley sobre derecho de réplica 179
La ley sobre el jurado 180
El derecho ambiental 180

El código rural 181
El derecho de los recursos naturales 181
La ley sobre partidos políticos y sistema electoral 181
La ley sobre comunidades religiosas y libertad religiosa 182
Las leyes sobre entidades colectivas 182
La ley de educación 182
La ley de universidades nacionales 183
La legislación sobre los pueblos indígenas 184
La ley de tránsito 184
Otras leyes 184
El derecho procesal constitucional 185
La reglamentación legal del acceso a la jurisdicción federal 185

CAPÍTULO XXXVI

LAS COMPETENCIAS PRIVATIVAS DE CADA CAMARA

. LAS COMPETENCIAS QUE EN PIE DE IGUALDAD POSEE CADA UNA DE LAS CAMARAS:
Su noción 187
Los privilegios parlamentarios 187
Los poderes implícitos 188

I. LAS COMPETENCIAS DE LA CAMARA DE DIPUTADOS:
El artículo 52 de la constitución 188
Los artículos 39 y 40 de la constitución 188

I. LAS COMPETENCIAS DEL SENADO:
Su concepto 189
Los distintos casos 189
El senado como cámara de origen 190

V. EL JUICIO POLITICO:
Su encuadre constitucional 190
La reforma constitucional de 1994 190
La intervención de cada cámara en nuestro régimen .. 191
Los funcionarios enjuiciables, las causales y la tramitación del juicio político 192

La naturaleza y el procedimiento 195
La no reiteración de un nuevo procedimiento por los mismos hechos 196
El juicio político como "ante-juicio" para habilitar el proceso penal 196
Una teoría disidente 197
El juicio político a ex-funcionarios 198
El control judicial sobre el juicio político 198
El derecho judicial de la Corte Suprema sobre la justiciabilidad 199
Nuestra crítica valorativa al juicio político 200

CAPÍTULO XXXVII

EL PODER EJECUTIVO

I. LA NATURALEZA DEL PODER EJECUTIVO:
El poder ejecutivo como poder originario 201
La función a cargo del poder ejecutivo 202

II. LA DENOMINACION Y EL CARACTER DEL PODER EJECUTIVO:
El "nombre" del poder ejecutivo en nuestro derecho constitucional del poder 202
La unipersonalidad de nuestro poder ejecutivo 203
El vicepresidente 204

III. EL PRESIDENCIALISMO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994:
El juicio sobre su moderación o su refuerzo 204
Las competencias presidenciales y la inserción del jefe de gabinete 205
El poder reglamentario 206
La "delegación" 207
El refrendo 207
Las competencias presidenciales en las relaciones interórganos 208
La Comisión Bicameral Permanente 209

El balance 209

IV. EL ACCESO AL CARGO Y LA PERMANENCIA EN EL MISMO:
Las condiciones de elegibilidad 210
A) La ciudadanía 210
B) La religión 211
C) La renta 212
D) Los otros requisitos exigidos para ser elegido senador 212
Cuándo deben reunirse los requisitos 213
La duración en el ejercicio del cargo, y la reelección .. 214
El sueldo 215
La incompatibilidad 215
El juramento 215

V. LOS PROBLEMAS VINCULADOS CON LA ACEFALIA:
La acefalia del poder ejecutivo 216
El artículo 88 de la constitución 216
Las causales de acefalia 217
A) La inhabilidad 218
B) La ausencia 219
C) La muerte y la renuncia 220
D) La destitución 220
La sucesión el vicepresidente 220
La "determinación" del sucesor por el congreso 221
La interpretación del artículo 88 222
La ley de acefalia Nº 20.972 222
El juramento del sucesor 224
A) Juramento del vicepresidente 224
B) Juramento de los otros funcionarios 224
La vacancia de la vicepresidencia 225

VI. LA ELECCION PRESIDENCIAL:
La elección directa 226
El ballotage 227
El cómputo de los votos en blanco 230

CAPÍTULO XXXVIII

LA COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO

Su carácter 232
La reforma constitucional de 1994 232

I. LAS JEFATURAS PRESIDENCIALES:
Antes y después de la reforma de 1994 233
La jefatura del estado 234
La jefatura de gobierno 234
La jefatura de la administración 235
La jefatura de las fuerzas armadas 236

II. LA ADMINISTRACION PUBLICA:
La dualidad "presidente de la república" y "jefe de gabinete" 236
Las clases de administración 240
La función administrativa y el "acto administrativo" ... 241
La descentralización autárquica 242

III. LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS:
Su noción 243
A) Los decretos reglamentarios 243
El exceso reglamentario 244
Los decretos reglamentarios y la "delegación impropia" 245
La facultad reglamentaria a cargo de organismos administrativos dependientes del poder ejecutivo 246
La facultad reglamentaria de las leyes a cargo del jefe de gabinete 246
B) Los reglamentos autónomos 246
C) Los reglamentos delegados 247
El problema de la "delegación" por ley para que la administración sancione faltas y contravenciones 247
D) Los reglamentos de necesidad y urgencia 248

IV. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA:
El artículo 99 inciso 3º 249
Las normas, y la praxis antes de la reforma de 1994 249

El trámite, sus etapas, y su desembocadura 250
La prohibición de aprobación ficta 251
La Comisión Bicameral 251
Los presupuestos de procedencia 251
¿La "emergencia"?: un reenvío al artículo 76 252
El control judicial 253
El supuesto de omisión por el poder ejecutivo en calificar un decreto de necesidad y urgencia 255
El supuesto de omisiones en el trámite inmediato al dictado del decreto 256
La prohibición actual de dictar decretos de necesidad y urgencia 256

V. LA PARTICIPACION EN EL PROCESO LEGISLATIVO:
Las fases del proceso legislativo en las que interviene el poder ejecutivo 257
La iniciativa y la promulgación de la ley 257
La fase de eficacia 258
Las leyes "secretas" 259
El "momento" a partir del cual la ley produce efectos 259
El veto 260
El plazo para vetar 261
La "forma" del veto 261
La difícil coordinación de los arts. 80 y 83 262
Los actos del congreso que pueden vetarse 262
La promulgación parcial de las leyes 263
El derecho judicial anterior a 1994 en materia de veto parcial y de promulgación parcial 264
La reforma de 1994 265

VI. LOS NOMBRAMIENTOS:
Su noción 266
La designación de los jueces federales: las innovaciones en la reforma de 1994 266
La terna del Consejo de la Magistratura 268
La inamovilidad de los jueces 268
El acuerdo del senado 269
La duración del acuerdo 270
La renuncia de los jueces 270
La designación y remoción de los diplomáticos 271

La designación de los oficiales de las fuerzas armadas 271
La designación de los ministros del poder ejecutivo ... 271
La designación de otros agentes 272
El acuerdo senatorial para cargos que no lo requieren por la constitución 272
La estabilidad del empleado publico 272

VII. LOS NOMBRAMIENTOS "EN COMISION":
El inciso 19 del artículo 99 273
El acuerdo senatorial posterior al nombramiento en comisión 274

VIII. LAS RELACIONES CON EL CONGRESO:
Su noción 275
La apertura de las sesiones 275
La prórroga de las sesiones ordinarias y la convocatoria a extraordinarias 275
La "ausencia" del presidente 275
La renuncia del presidente 276

IX. EL INDULTO:
Su concepto 276
La oportunidad de concederlo 276
Los casos en que no procede 278
El indulto en jurisdicción provincial 278

X. LAS RELACIONES INTERNACIONALES:
La conducción de las relaciones exteriores y la representación internacional del estado 278
Los tratados 279
Remisiones 279
La ratificación de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional 279

XI. LOS PODERES MILITARES 280

XII. EL ESTADO DE SITIO 280

XIII. LOS "ACTOS DE GOBIERNO":
La actividad "política" del poder ejecutivo 280

El acto "institucional" 280
La intervención federal 281
APENDICE: Correlación entre el anterior artículo 86 y el artículo 99 actual 283

CAPÍTULO XXXIX

LOS ORGANOS DEPENDIENTES DEL PODER EJECUTIVO

I. LA FISONOMIA GENERAL 287

II. EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS 288
Las competencias del jefe de gabinete 288
La relación con el congreso 291
Nuestra valoración 293

III. EL MINISTERIO:
El jefe de gabinete y el ministerio 293
Organo colegiado y complejo 293
La ley de ministerios 294
El nombramiento y la remoción 295
La competencia ministerial 295
La responsabilidad ministerial 296
Las incompatibilidades 296
Las relaciones del ministerio con el congreso 296
Las inmunidades y los privilegios ministeriales 297
Las secretarías de estado 297
La relación del jefe de gabinete con los ministros 297

V. OTROS ORGANISMOS 298

V. LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LOS ADMINISTRADOS:
El por qué del tema 299
El "procedimiento" administrativo 299
Los principios que rigen el procedimiento administrativo 300
Los recursos administrativos 300
La extinción de los actos administrativos 301

La inmutabilidad del acto administrativo que genera derechos subjetivos 302
La "cosa juzgada" administrativa 302

CAPÍTULO XL

EL "PODER" MILITAR

I. LAS FUERZAS ARMADAS:
El "órgano castrense" 305
"Poder militar" y "poder civil" 306
La abolición del fuero militar como fuero "personal" .. 306
La "defensa nacional" y la "seguridad interior" 307

II. LOS "PODERES MILITARES" DEL CONGRESO 307
A) En caso de guerra 308
B) Sobre las fuerzas armadas 308
La jurisdicción militar 309

III. LOS "PODERES MILITARES" DEL PRESIDENTE:
Su concepto 309
El poder disciplinario 310
La naturaleza de los actos en ejecución de los poderes militares 310

IV. LA JURISDICCION MILITAR PENAL Y LOS TRIBUNALES MILITARES:
El fuero militar como fuero real 310
El artículo 75 inciso 27 311
La competencia "potestativa" para crear tribunales militares 311
Los delitos "militares" 312
La naturaleza de los tribunales militares 312
La revisión judicial 312
La naturaleza "federal" del código militar 313
La coordinación entre la jurisdicción militar penal y el art. 116 313

V. LA JURISDICCION MILITAR Y LOS CIVILES:
La sujeción de civiles a los tribunales militares 314
El deber militar de los civiles 315

CAPÍTULO XLI

LOS NUEVOS ORGANOS DE CONTROL "EXTRAPODERES"

Introducción 317

I. LA AUDITORIA GENERAL DE LA NACION:
El diseño del órgano 317
Las ambigüedades y las deudas 319
La naturaleza de la Auditoría 320
El control desde un partido de oposición 320
La competencia de la Auditoría:
La denominación del órgano 321
Las dos funciones en el art. 85 321
Las áreas sujetas al control 322

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO:
El diseño del órgano 324
Las competencias 326
La legitimación procesal 327
Las áreas sujetas a control 328
El control de "funciones administrativas públicas" ... 329
El ámbito federal de actuación 330
El juicio valorativo 330

CAPÍTULO XLII

EL PODER JUDICIAL

I. SU ESTRUCTURA Y CARACTER 331
Las normas de la constitución sobre el poder judicial 334
La solución de conflictos fuera del poder judicial 335
La mediación prejudicial obligatoria 336
Una exclusión inconstitucional del libre acceso a la justicia 337

II. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: .....
La creación y composición de la Corte Suprema 337
El juramento de sus miembros 337

El sentido institucional de la Corte Suprema 338
La "supremacía" de la Corte "Suprema" 340
La "división" de la Corte en "salas" 340
El presidente de la Corte Suprema 341
Su nombramiento 341
Su renuncia 341
La actividad de la Corte Suprema que no es judicial.. 342

III. LA INAMOVILIDAD DE LOS JUECES:
Su alcance 342
La inamovilidad de los jueces provinciales 343

IV. OTRAS GARANTIAS:
El sueldo 344
Las incompatibilidades 346

V. LAS FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL PODER JUDICIAL:
Su noción 346
El derecho judicial en materia de poder disciplinario . 347

VI. LA UNIDAD DE JURISDICCION:
Su alcance 348
La jurisdicción militar 349
La jurisdicción administrativa (o administración jurisdiccional) 349
El ejercicio de la función jurisdiccional por la administración 349
La jurisdicción "judicial" y la jurisdicción "administrativa" 350
El control judicial sobre la administración jurisdiccional 350
Los tribunales municipales de faltas 353

VII. LOS JUECES DE LA CAPITAL FEDERAL:
La situación antes y después de la reforma constitucional de 1994 353
La reforma de 1994: los artículos 75 inc. 12, y 129... 354
Las restricciones a la jurisdicción judicial 356
La disposición transitoria decimoquinta de la constitución 357
La disposición transitoria séptima 357

CAPÍTULO XLIII

EL MINISTERIO PUBLICO

I. SU UBICACION CONSTITUCIONAL:
El órgano extrapoderes 359
La teoría del "cuarto poder" 360

II. LA INDEPENDENCIA Y EL CONTROL:
Su significado 361
Autonomía funcional y autarquía financiera 362
La composición del órgano 363
La competencia 364
Las garantías funcionales 366

CAPÍTULO XLIV

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO

I. LOS NUEVOS ORGANOS:
Su diseño en los artículos 114 y 115 369
La ubicación orgánica y funcional, y la naturaleza de ambos órganos 371

II. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA:
Su composición 372
El "equilibrio" 373
Las competencias 374
La división del Consejo en salas 376
La sustracción de competencias a la Corte Suprema 376
El poder reglamentario 376
El juicio valorativo sobre las innovaciones en el artículo 114 377
El período de "vacatio legis" 378
Las relaciones entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura 378

III. EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO Y LA REMOCIÓN DE LOS JUECES:
El artículo 115 380
Los diversos aspectos en el procedimiento enjuiciador 381
La competencia para suspender al juez 381
El plazo para juzgar 382
El archivo de las actuaciones y su efecto 382
La reposición del juez suspendido 383
El fallo irrecurrible 384
El sentido de la irrecurribilidad 385
Las cláusulas transitorias sobre la instalación del Consejo de la Magistratura, y las causas por enjuiciamiento político 386
La garantía del juez natural 386

CAPÍTULO XLV

LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

I. EL MODO Y LA OCASION DE SU EJERCICIO:
La denominación de la función 389
Los principios básicos 390
El "caso" o la causa judiciable 391
Los principios del derecho judicial sobre la administración de justicia 392

II. LA SENTENCIA:
Su carácter de norma individual del caso 393
La motivación y la fundamentación 394
La arbitrariedad de sentencia 395
Los requisitos de la sentencia 397
La exención de controles extraórganos 400
La obligación de sentenciar 400
La cosa juzgada 400

III. LA JURISDICCION, LA ACCION Y EL PROCESO:
La justicia pública 402
La jurisdicción 402
La acción 402

Las acciones "de clase" 403
La acción para defensa de los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva 403
El proceso 404
El derecho a la jurisdicción 404
Como satisface el estado la administración de justicia 404
El juez en el proceso 405
Los tribunales de alzada y la segunda instancia 406
El activismo judicial 407
La denegación de justicia 407
La inmunidad (absoluta y relativa) de los estados extranjeros 408
La inmunidad absoluta de jurisdicción de entes intergubernamentales 409
La denegación de justicia y la jurisdicción internacional 410
Otras hipótesis análogas a la privación de justicia .. 410
La responsabilidad del estado por su administración de justicia 411

CAPÍTULO XLVI

EL DERECHO JUDICIAL

I. LA "CREACION DE DERECHO" POR LOS ORGANOS JUDICIALES:
Su noción 413
Las sentencias con generalidad normativa 413
A) La jurisprudencia vinculatoria 414
B) El sistema del "stare decisis" 414
C) La sentencia "modelo" y su imitación ulterior espontánea 415

II. LA UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL:
Igualdad "de ley" e igualdad "de interpretación" 415
La variación sucesiva del derecho judicial 416
La interpretación "uniforme" 417

III. LA NORMA GENERAL Y LA INTERPRETACION JUDICIAL:
Su concepto 419
"Aplicación" y "creación" 420
La "individualización" de la norma general en la sentencia 420
La interpretación judicial de la constitución 421
El derecho judicial en materia de interpretación constitucional 422
La jurisprudencia "uniforme" y el recurso extraordinario federal 422
La constitucionalidad de la jurisprudencia vinculatoria 423

CAPÍTULO XLVII

EL CONTROL Y LA JURISDICCION CONSTITUCIONALES

I. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL:
Su concepto 426
Las sentencias constitucionales 428
La jurisdicción constitucional en el derecho constitucional argentino 428
El sentido histórico de la jurisdicción constitucional y el art. 31 de la constitución 428
Lineamiento de los fines y del contenido de la jurisdicción constitucional 429
La cuestión constitucional (federal, provincial y mixta) 430
La titularidad de un derecho y la legitimación procesal 431
Las cuestiones constitucionales provinciales conexas con una cuestión federal 431
La denegatoria de juzgamiento de cuestiones constitucionales (federales o provinciales) en jurisdicción provincial 432
La jurisdicción federal y la provincial en la decisión de las cuestiones constitucionales 432
Algunos aspectos trascendentes del control constitucional:
A) Los derechos humanos 433

B) La razonabilidad 434
C) La inconstitucionalidad consumada en la "interpretación" y "aplicación" de una norma 434
D) El juicio de previsibilidad sobre los efectos del control constitucional 434
E) Los "efectos" de las normas 435
La prohibición legal del control constitucional 435

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SIN PETICION DE PARTE:
Los problemas preliminares 435
El juez y las partes en el caso judiciable: el "iura novit curia" 436
El control de constitucionalidad y la interpretación y aplicación del derecho al caso 437
El equilibrio de poderes y el control "de oficio" 438
La presunción de legitimidad de los actos estatales y el control "de oficio" 439
El principio de congruencia, la arbitrariedad por sentencia "extrapetita", y el control "de oficio" 439
El control "de oficio" no viola la defensa en juicio 439
El control de oficio por los tribunales provinciales 440
El control "de oficio" según las vías procesales 441

III. POSIBLES AMPLIACIONES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 442
"Causa" judicial y "caso contencioso" 443
Las acciones de inconstitucionalidad 443
La acción declarativa de inconstitucionalidad "pura" .. 444
La diferencia con la acción popular 444
La inserción posible de la acción declarativa de inconstitucionalidad pura en nuestro sistema 445
La acción declarativa de certeza 446
La abrogación de leyes inconstitucionales por efecto de una sentencia declarativa de su inconstitucionalidad 447
La teoría del legislador negativo 448
El derecho público provincial 448
El sometimiento voluntario a un régimen jurídico 448

El control constitucional "en" los fallos plenarios y "de" los fallos plenarios 450

IV. LAS CUESTIONES "POLITICAS" NO JUDICIABLES:
Su encuadre constitucional 451
El art. 116 de la constitución y las cuestiones políticas 452
Los argumentos en contra de la judiciabilidad:
La "división de poderes" 452
Las facultades "privativas" 453
Las retracciones del control 453

CAPÍTULO XLVIII

LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES FEDERALES

I. EL PODER JUDICIAL DE LA NACION":
Su concepto 456
La jurisdicción "federal" y la jurisdicción "provincial" 457
Los caracteres de la jurisdicción federal 458
La regulación por ley de la jurisdicción federal 458

II. LAS CAUSAS DE JURISDICCION FEDERAL:
El art. 116 459
Qué es "causa" en el lenguaje del art. 116 461
La jurisdicción federal "apelada" y su relación con la instancia única o múltiple 462
La instancia federal apelada en las causas de materia federal resueltas en jurisdicción provincial .. 463

III. LAS CAUSAS REGIDAS POR EL DERECHO FEDERAL 464
A) Las causas que versan sobre puntos regidos por la constitución 464
B) Las causas que versan sobre puntos regidos por las leyes del congreso 464
C) Las causas que versan sobre puntos regidos por los tratados internacionales 465

Las causas que no son federales por razón de materia 466
El derecho "intrafederal" 466
Las causas regidas por derecho "no federal" que corresponden a la jurisdicción federal por razón de personas o lugar 467

IV. LAS CAUSAS DEL ALMIRANTAZGO Y JURISDICCION MARITIMA:
La materia comprendida en ellas 467

V. LAS CAUSAS EN QUE LA "NACION" ES PARTE:
El alcance de la norma 468
Las causas contenciosoadministrativas 469
Los tribunales administrativos en relación con la jurisdicción federal 469
La justiciabilidad del estado 469
El estado federal como parte en juicio en el derecho constitucional argentino 470
Las leyes 3952 y 11.634, de demandas contra el estado 471
La sentencia de condena con efecto meramente declarativo 472
La reglamentación del cumplimiento de la sentencia de la condena 473
El derecho judicial en materia de sentencias de condena contra el estado federal 474
Las sentencias de condena contra las provincias 475
La falta de "legitimación pasiva" de los órganos de poder para ser demandados 475
La prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales extranjeros en juicios en que es parte el estado:
La inmunidad de jurisdicción de los estados 476
El problema de la inmunidad de jurisdicción y de su renunciabilidad en el derecho argentino 476
La prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales no federales en juicios en que es parte el estado 478

La supuesta prórroga de la jurisdicción argentina a favor de tribunales "internacionales" 478

VI. LAS OTRAS CAUSAS POR RAZON DE PARTES:
Su concepto 478
La justiciabilidad de las provincias 480
Los casos en que la jurisdicción federal surge porque es parte una provincia 481
Qué significa "causa que se suscite entre..." y "contra...", y el problema de las causas penales 482
El alcance de "causa civil" 483
La "materia" de las causas en que es parte una provincia 484
Las cuestiones de límites interprovinciales 485
La jurisdicción "dirimente" de la Corte en las quejas entre provincias 486
El concepto de "vecindad" a los efectos del art. 116... 486
La "vecindad" de los extranjeros 486
La reglamentación de la vecindad 487
La prórroga de la jurisdicción 487
Las causas en que es parte un ciudadano extranjero. 487
La condición de "aforadas" que deben revestir las partes 488
Las causas en que es parte un estado extranjero:
La justiciabilidad de los estados extranjeros 488
Los casos posibles 489
Las causas en que es parte un organismo internacional 490

VII. LAS CAUSAS CRIMINALES:
Su concepto 491

VIII. LAS CAUSAS POR RAZON DEL LUGAR:
Su concepto 492

IX. LAS CAUSAS SUPRIMIDAS EN 1860:
El texto originario de 1853 y el de 1860 492

X. LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA:
La división en instancia "originaria" e instancia "apelada" 493
La jurisdicción apelada de la Corte 493
Los diversos casos legales de acceso a la Corte 494
Los poderes "implícitos" de la Corte Suprema 495
La Corte y el art. 113 de la constitución 495
La jurisdicción discrecional de la Corte 495

XI. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y LA JURISDICCION SUPRAESTATAL:
La definitividad de las sentencias de la Corte y su irrevisabilidad 497

XII. EL "PER SALTUM" EN LA JUSTICIA FEDERAL:
Su concepto 498
La jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso "Dromi" 499
El "per saltum" sin ley: su inconstitucionalidad 500

CAPÍTULO XLIX

LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA ORIGINARIAS Y EXCLUSIVAS DE LA CORTE SUPREMA

I. SU ENCUADRE:
El artículo 117 de la constitución 503
El artículo 117 extraído del artículo 116 504
Los caracteres de "originaria" y "exclusiva" 505
En el art. 117 no interesa la "materia" de la causa. 506
En el art. 117 no interesa que el caso sea contencioso 506
Los juicios de habeas corpus y amparo 507
La intervención "directa" de la Corte en casos excepcionales que no son procesos judiciales 507
El derecho judicial en materia de competencia originaria y exclusiva 507

II. LAS CAUSAS EN QUE ES PARTE UNA PROVINCIA:
Su noción 508
Las cuatro únicas causas incluidas en el art. 117 por ser parte una provincia 509
El supuesto del art. 127 de la constitución 510
Las causas en que es parte una provincia y que quedan excluidas del art. 117 510
Los requisitos para que una provincia sea considerada "parte" 511
La intervención en juicio de otras partes no aforadas 511
El derecho judicial 512

III. LAS CAUSAS "CONCERNIENTES" A EMBAJADORES, MINISTRO PUBLICOS Y CONSULES EXTRANJEROS:
La inmunidad diplomática 513
La recepción constitucional de los principios del derecho internacional público:
El alcance de la inmunidad de jurisdicción 513
La relación entre la inmunidad de jurisdicción y la ompetencia de la Corte 514
El acatamiento de la jurisdicción argentina, la renuncia y la duración de la inmunidad de jurisdicción 515
Qué es causa "concerniente" 516
Qué personas quedan abarcadas, y qué personas no abarcadas pueden convertir un juicio en causa "concerniente" 517
Los diplomáticos "no extranjeros" 517
Los diplomáticos extranjeros de nacionalidad argentina 517
Los diplomáticos en tránsito 518
Los diplomáticos extranjeros acreditados ante organismos internacionales 518
Las demandas contra embajadas extranjeras 519
Las causas concernientes a cónsules extranjeros 519

IV. LA JURISDICCION ORIGINARIA Y EXCLUSIVA DE LA CORTE EN LA CONSTITUCION MATERIAL 520

CAPÍTULO L

LA JURISDICCION APELADA "EXTRAORDINARIA" DE LA CORTE SUPREMA

I. EL RECURSO EXTRAORDINARIO:
Su perfil y naturaleza 521
La ley 48 522
Su objeto o materia 523
El carril previo del recurso extraordinario: "sentencia - juicio - tribunal judicial" 524
Los requisitos del recurso extraordinario 525
Los ámbitos excluidos del recurso extraordinario 526
El caso de opción entre vía "no judicial" y vía "judicial" 527

II. LA "CUESTION CONSTITUCIONAL":
Su concepto 528
Las clases de cuestión constitucional 528
Aproximación ejemplificativa a una tipología 530
Las cuestiones ajenas 531
¿Cuestiones constitucionales "mixtas"? 532
Las cuestiones "insustanciales" y las "insuficientes" ... 533
Las sentencias de la Corte Suprema y el recurso extraordinario 533
La arbitrariedad de sentencia como cuestión constitucional 534
La tipología de la arbitrariedad 534
La gravedad o el interés institucional 537
La cuestión constitucional como "cuestión de derecho" 537
El recurso extraordinario y el control constitucional "de oficio" 538
El "iura novit curia" 538
La relación "directa" de la cuestión constitucional con el juicio 539
El gravamen o agravio, y su titularidad 539
La legitimación procesal 540
La titularidad de un derecho y el perjuicio sufrido ... 540
Algunas aplicaciones 541

La interpretación constitucional favorable 542
La resolución "contraria" 542
La articulación procesal de la cuestión constitucional 543

III. LA SENTENCIA "DEFINITIVA" DEL "TRIBUNAL SUPERIOR DE LA CAUSA":
El "juicio" 543
La sentencia "definitiva" 544
Las sentencias extranjeras 545
El "tribunal superior de la causa" 546
Los superiores tribunales de provincia ahora son necesariamente el "tribunal superior de la causa":
El derecho judicial de la Corte 547
La perspectiva federalista en orden a la "sentencia definitiva" de los superiores tribunales de provincia ... 550

IV. EL PROCEDIMIENTO EN LA INSTANCIA EXTRAORDINARIA:
Las competencias federales y provinciales, y el recurso extraordinario 550
El recurso de queja 551
El "per saltum" en el carril del recurso extraordinario 551

V. LA JURISDICCION EXTRAORDINARIA DE LA CORTE Y EL "CERTIORARI":
Su recepción en la ley 23.774 551
Nuestra interpretación de la ley 23.774 554

CAPÍTULO LI

LA JURISDICCION SUPRAESTATAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

I. LA JURISDICCION INTERNA Y LA JURISDICCION INTERNACIONAL:
La jurisdicción internacional en el Pacto de San José de Costa Rica 555
La jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no configura "prórroga" de la jurisdicción interna argentina 556

La jurisdicción internacional de la Corte Interamericana no implica violación a la "cosa juzgada" interna 557
El juzgamiento internacional no implica una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina 557
El juzgamiento internacional no implica un nuevo juicio sobre la "misma materia" juzgada en sede interna 557
El supuesto de una sentencia internacional opuesta a una previa sentencia argentina 558
La jurisdicción de la Corte Interamericana y nuestra jurisdicción interna 559

CAPÍTULO LII

EL TITULO SEGUNDO DE LA CONSTITUCION SOBRE "GOBIERNOS DE PROVINCIA"

I. LOS ARTICULOS 121 A 129:
Su significado e inventario 561
El vocabulario 562
El articulado 562

II. EL ESTATUTO ORGANIZATIVO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES:
Su naturaleza y contenido 564
Remisiones 566

BIBLIOGRAFIA 569

Se terminó de imprimir en
Talleres Gráficos CYAN S.R.L.
Potosí 4471, Buenos Aires, TEL. 982-4426
en el mes de diciembre de 1997